Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 058 964 776

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

MEXICO

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

2239.

25

DE LAS SUCESIONES

TESTADAS E INTESTADAS

POR EL C. LIC.

Victor José Martinez

Escribano público de la Nacion

MEXICO

IMPRENTA DE VICENTE G. TORRES,

CALLE DE SAN JUAN DE LETRAN N. 3

1861

Digitized by Google

JUN 29 1931

Digitized by Google

ADVERTENCIA

No se crea que al escribir y publicar la presente segunda edicion de esta obra, se me ha ocurrido la presuntuosa y loca idea de haber hecho una cosa digna del ilustrado y sabio público de México. Tengo una profunda conviccion de mi nulidad, y por lo mismo, de mi insuficiencia para llenar el vasto, hermoso é importantísimo objeto que me he propuesto realizar: esto es, el estudio del derecho de testar mexicano en sus relaciones con la filosofía, y las legislaciones desde la romana hasta la actual de reforma; y concordarlas con las de varios códigos estranjeros, como el de la Luisiana, el francés, el español, el austriaco, el prusiano, el holandés, el sardo, el napolitano, el bávaro, el de Vaud y otros. Sin embargo de tal conviccion, emprendí este estudio que publico, por la persuasion en que estoy de que cuando ménos produciré

Digitized by Google

un bien á mi patria, el de facilitar á su juventud dedicada al foro, el exámen de las materias relativas á esta interesantísima parte de nuestro derecho, concordado con el de los códigos estranjeros mas cultos, mas adelantados, más civilizados, y que por lo mismo satisfacen mejor las exigencias propias de la actual época del foro universal, en cuya uniformidad en cuanto es posible, hay, y con razon, tanto interés en las sociedades todas; y debe haberlo con doble motivo en la nuestra, que comienza á envejecer estando aún en la cuna.

El derecho de testar es incuestionablemente uno de los mas importantes derechos que tantos bienes puede producir al individuo y á la sociedad, cuando, habiendo disposiciones legales, se usa de él conforme á ellas; como males, cuando ó no hay leyes sobre el particular ó se desatienden las que haya. Esto, el caos de nuestra legislacion y los inmensos huecos que deja, y que por lo mismo existen en innumerables puntos de esta parte del derecho mexicano, demandaban imperiosamente la publicacion de una compilacion sin supresiones caprichosas ó arbitrarias de las leyes que reconocen, norman y garantizan el uso del dominio y de la propiedad, en la parte relativa á testamentos. Marcar las faltas ó dudas de ley que hacen palpar la necesidad de formar un código civil completo, ó al ménos una ley de sucesiones por testamento y abintestato, ya que no del todo perfecta, siquiera ménos incompleta que la de 10 de Agosto de 1857: patentizar al soberano y al súbdito dichas cosas; al primero para que se sirva proveer, y al segundo para que le sea ménos difícil estudiar y aplicar la legislacion vigente; y trazar el camino que pueda seguirse en esta materia, ya para el estudio de ella y sus aplicaciones, ya para la espedicion de una ley, atentos los referidos códigos, nuestra actual legislacion, las necesidades de

Digitized by Google

nuestra sociedad y las exigencias de la ciencia; todo esto, repito, ha formado el objeto de esta obra. Muy léjos estoy de creer que he llenado ni podido llenar tal objeto; pero quédame la dulce satisfaccion de haber procurado conseguirlo, y con esto, el bien de mi país.

La falta de un tratado de testamentos que satisfaga, cuando no del todo, sí en parte las exigencias del foro mexicano, ya compilando todas las disposiciones relativas á la materia y vigentes en nuestro país en sus distintas épocas políticas, ya reuniendo las mejores doctrinas de los antiguos y modernos jurisconsultos, ya presentando las disposiciones de los códigos estranjeros mas civilizados, y que, siendo como son la fiel espresion de los adelantos de la legislacion moderna, sirven en los países distintos de aquel á que cada uno pertenece, como de un cuerpo completo de ciencia por ser el resultado de la meditacion, de la esperiencia y del talento de sus sábios autores, la falta completa, repito, de tal tratado de testamentos, y la íntima persuasion en que estoy de la absoluta necesidad de su existencia, me hicieron acometer tan árdua empresa. Y aunque tambien estoy convencido de que por mi falta de capacidad, de instruccion y esperiencia, no la he realizado como yo queria, al ménos he procurado conseguirlo, poniendo en juego los medios que han estado á mi alcance, y colocando siquiera los cimientos sobre que debe elevarse el edificio que mas tarde construyan personas de capacidad.

Cierto es que en nuestro país existen dos compendios de testamentos: el uno sacado de las brillantes doctrinas del sábio Sr. Murillo en su Curso de derecho canónico, pero, mal traducido y peor estractado este sábio autor, el compendio referido está lleno de inexactitudes y errores. El otro, que ha circulado posteriormente no incluye en su plan las prin-

Digitized by Google

cipales cuestiones del derecho de testar y del derecho de propiedad. Por lo mismo, ni uno ni otro son lo que debieran ser en el estado actual de la ciencia. Esto no quiere decir que creo haber satisfecho en el presente libro los requisitos indispensables de un tratado elemental del derecho de testar; pero sí que es ménos incompleto que los ántes referidos.

En éstos, por otra parte, no hay el método que podria apetecerse, y es indispensable para obtener buenos resultados en el estudio de las materias, y en esto tambien se tiene alguna ventaja con el presente, en que, sentando los principios, se procede á sus aplicaciones, se espedita la deduccion de sus consecuencias y aun se deducen los consiguientes. Por eso he dividido mi estudio en las seis partes que siguen:

1ª Exámen del orígen y fundamento del derecho de testar y del de adquirir, conservar y trasmitir la propiedad.

2ª Del modo de conseguir ó realizar civilmente el objeto del derecho de testar; ó sea, exámen de los testamentos y sus solemnidades, estudio de los derechos y deberes naturales y civiles de los testadores y herederos, y por lo mismo, de lo relativo á herencias, mejoras y desheredacion.

3ª Exámen de las demas cosas de que debe y puede disponer el testador, esto es, de mandas y legados: estudio de las otras maneras civiles de hacer constar su voluntad el testador; es decir, de los codicilos, memorias testamentarias y poder para testar: y exámen de los modos de heredar ab-intestato.

4ª Estudio de los derechos póstumos de los padres, mejor dicho, exámen de lo relativo á las materias de tutores y curadores, sustituciones, albaceas, inventarios, colacion y particion de bienes hereditarios, bienes reservables, y final-

Digitized by Google

mente, del modo de elevar á instrumento público, el testamento ó codicilo cerrado, el ológrafo y las disposiciones verbales.

5ª Exámen de los instrumentos en general y de los testamentos bajo este aspecto.

6ª y última. Formularios.

He procurado ademas, en el cuerpo de esta obra, fijar los procedimientos que deben seguirse para obtener los derechos y hacer efectivas las obligaciones de todas las personas que intervengan de cualquiera manera en una testamentaría.

Solo me resta decir, que me prestaré á la razon, siempre que con ella se me hagan palpar los defectos de esta obra, y que, nadie sin mi permiso, podrá reimprimirla, pues de lo contrario y supuestas las leyes respectivas, le perseguirá ante los tribunales de la República

El Autor.

Digitized by Google

Digitized by Google

DE LAS SUCESIONES

TESTADAS E INTESTADAS

PRIMERA PARTE.

EXAMEN DEL DERECHO DE TESTAR

Y DEL DE ADQUIRIR,
CONSERVAR Y TRASMITIR LA PROPIEDAD.

Digitized by Google

Digitized by Google

PRIMERA PARTE.

Orígen y fundamento del derecho de testar.

NADA hay tan natural, tan racional y tan metódico al examinar una cosa, si se quiere hacer con positivo provecho y con manifiesta utilidad y ventaja, como investigar su orígen, estudiar la existencia, comprender el objeto de su ser y descubrir así los medios con que cuenta para llenarlo. Por esto, y de acuerdo con el plan de esta obra, que no es otro sino estudiar á la luz de la filosofía el derecho de testar, debemos hacerlo investigando su orígen, examinando su naturaleza y existencia, comprendiendo su objeto, descubriendo los medios con que cuenta para realizarlo, é inquiriendo la clase de éstos medios. De aquí nos resultarán los buenos conocimientos en la materia, la facilidad y rectitud en las aplicaciones á los variados, difíciles y multiplicadísimos casos que se presentan en el foro, y finalmente, la ventaja de manifestar al soberano la necesidad que hay de formar un código completo sobre esta materia, que, normada, debe producir tan grandes como incalculables bienes al individuo, á la familia y á la sociedad, como males se ocasionan hoy á uno y otras por la falta de aquel. Consecuentes, pues, con la

Digitized by Google

filosofia del método que nos hemos propuesto seguir en esta obra, examinarémos en esta primera parte de ella, el orígen y fundamento, la existencia, naturaleza y objeto del derecho de testar, y todo lo relativo á la propiedad.

¿Qué debe entenderse por facultad de testar? ¿Qué se entiende por derecho de testar? ¿Cuál es su orígen? ¿Cuál el objeto de su ser? ¿Cuáles los medios, y de qué clase, para realizar su objeto? Hé aquí las cuestiones que naturalmente fluyen al solo enunciar que vamos en pos del orígen y fundamento del derecho de testar, y las cuales deben ser resueltas para conseguir nuestro objeto, sin temor de errar, y bien por el contrario, con seguridad en los buenos resultados de tal estudio. Las tratarémos en tantos párrafos cuantas son las cuestiones, á fin de evitar la confusion en sus resoluciones, el embrollo en las ideas y el desórden é indigestion en los conocimientos.

PARRAFO I.

¿Qué debe entenderse por facultad de testar?

La facultad que el hombre tiene para manifestar su última voluntad, es y se llama la facultad de testar; y ésta, como todas las que le forman, caracterizan y distinguen de los demas séres: es natural. En efecto, el hombre creado por y para Dios, que ademas de ser su orígen y su fin, es su medio mejor para llegar á él, tiene dos cosas que le constituyen, el alma y el cuerpo. En el alma encontramos no solo la facultad de recibir esas meras ó simples impresiones de objetos distintos que llamamos ideas; no solo la de volverse hácia ellas, contemplarlas, retenerlas, comprender su modo de existir ó al ménos la realidad de su existencia, y á las que llamamos atencion y reflexion; no solo la de comparar y relacionar unas con otras las ideas, juzgarlas y raciocinar con y sobre ellas, á cuyas facultades llamamos

Digitized by Google

comparacion, juicio y raciocinio; sino lo que es mas importante en nuestro caso, tiene el hombre la facultad de manifestar la existencia, ejercicio y efectos de todas estas facultades, á cuya manifestacion llamamos juicio espresado con palabras, y con cuya espresion adquiere el hombre una inmensa ventaja y un goce inesplicable, por el contacto en que se pone y las relaciones que le estrechan con los demas séres de la misma especie que le facilitan el conocimiento de la nobleza de su orígen, de la elevacion del objeto de su sér durante su vida, y del fin sublime de su existencia, como motivo y razon de su creacion. Todas estas facultades, si bien las examinamos, vienen en último análisis á refundirse en la de entender, cuyo objeto no es otro que la adquisicion y conservacion de la verdad, cosas en que consiste el goce que constituye el fin del entendimiento. Con éste encontramos en el estudio del alma, otra facultad tan esencial á ésta, como necesaria é íntimamente relacionada con aquel: esta es, la que tiene por objêto la adquisicion, conservacion y goce del bien; en una palabra, la voluntad. En ésta, como en el entendimiento, encontramos, por una parte la limitacion é insuficiencia, consecuencias de la debilidad humana, y que convencen, por lo mismo, de la precision en que se hallan por su misma naturaleza de estar en íntimo contacto, en estrechísima relacion, no solo entre sí para ejercerse mejor, sino con las mismas facultades de otros seres iguales que, con su estudio, vigilias y esperiencia, faciliten la mas pronta y perfecta adquisicion de sus objetos; mejor dicho, de la verdad y del bien: y por otra, que esa misma finitud, limitacion é insuficiencia, ademas de probar que el hombre de por sí es nada y que para ser un poco ménos que nada, le es natural la sociedad intelectual, convence de que al hombre es esencialmente necesaria la facultad de manifestar cuál es su voluntad. El alma sola no constituye al hombre, pues éste, ademas, tiene cuerpo, y la existencia de éste, así como sus relaciones con el alma, las que tiene con los demas seres de su misma clase, y aun las circunstancias especialísimas de su modo de ser y bajo cuya influencia se halla colocado por quien le sacó de la nada, confirman mas y mas, y corroboran hasta engendrar la evidencia, de que

Digitized by Google

el hombre tiene necesidad natural, y por lo mismo facultad esencial de hacer constar cuál es su voluntad.

Que esta manifestacion, para que se tenga por tal en la sociedad, deba estar revestida de este ó de aquel requisito, es materia del derecho civil y prueba concluyente de que los legisladores de todos los países, y éstos mismos, han comprendido siempre lo que ahora sostenemos; á saber, que al hombre le es natural la facultad de manifestar su voluntad, ó sea la de testar.

PARRAFO II.

¿Qué debe entenderse por derecho de testar?

La facultad de testar, lo mismo que todas las que constituyen al hombre, no es puramente especulativa, sino que por la naturaleza de su ser, por su objeto, que es servir de medio para la satisfaccion de las necesidades físicas, intelectuales y morales del hombre, y por lo mismo á la consecucion de su fin, es eminentemente práctica, ya porque para producir sus resultados es indispensable su positiva aplicacion, y ya porque de no ser ejercida, el hombre careceria en lo absoluto de los elementos con que cuenta, no solo para hacerse entender de los demas, sino tambien para poder hacer constar lo que entiende, lo que quiere y lo que siente. El hombre, pues, ademas de la facultad de manifestar y de la de ejercer ésta, tiene, como una consecuencia forzosa de las anteriores, el derecho de exigir que se le respeten por los demas, y aun por la ley, tales facultades, su ejercio y sus efectos; y estas cosas constituyen la razon de justicia con que manifestamos cuál es nuestra voluntad sobre cualquiera cosa.

Que este derecho, para usarse, necesite estar basado en principios invariables, sujeto á reglas fijas, adherido á una norma constante y segura, en una palabra, que sea ordenado para ser garantido por la

Digitized by Google

ley, es consecuente con la limitacion y susceptibilidad para el abuso del hombre en el ejercicio de sus facultades y derechos; pero esto convence, primero, de que en efecto existen tal facultad y tal derecho: segundo, de que no son creados una ni otro por la ley civil, sino por el Autor de la naturaleza del hombre: tercero, de que si tales facultad y derecho no deben su ser mas que al Ser necesario, la ley civil solo debe reconocerlos, normarlos y garantirlos, puesto que ella no puede ser ni es mas que la fiel aplicacion de la ley natural á la sociedad; y cuarto, de que esta garantía debe ser estensiva al individuo, á la sociedad doméstica, á la civil, á la política y á la religiosa, que es el complemento y la mas exacta espresion de la sociabilidad humana, como que abarca en su prodigiosa multiplicidad y en su hermosísima y vasta estension, las relaciones del hombre para con Dios, para consigo y para con los demas.

Este derecho, considerado como facultad del hombre, es meramente subjetivo; mas examinado como el conjunto de leyes bajo cuya influencia se halla colocado el primero, es objetivo; y uno y otro están íntimamente relacionados, estrechamente unidos y esencialmente ligados; y ya en general, ya en particular, se les conoce con este solo nombre: "Derecho de testar."

PARRAFO III.

¿Cuál es el orígen del derecho de testar?

No es ni puede ser otro, que el de la tan hermosa, útil y variada, cuanto interesante facultad de manifestar nuestra voluntad, para cuyo ejercicio, uso y efectos, tenemos el derecho de testar. Así es que éste y la facultad, solo tienen por orígen al de la vida y modo de ser del hombre, es decir, á Dios, criador y conservador, principio, orígen, objeto, medio y fin del hombre mismo. Esto, si busca-

Digitized by Google

mos el orígen del derecho de testar, considerado subjetivamente. Pero teniendo este por orígen á Dios, el conjunto de reglas independientes y proporcionadas al mismo derecho y á su orígen, no puede ser otro que las naturales; y por tanto, el derecho de testar, considerado objetivamente, tiene por orígen al mismo Dios.

De otra manera las leyes, en su conjunto, tendrian un orígen distinto del que tienen individualmente; y esto que en historia y en el órden meramente humano, es falso, en filosofía es un absurdo, y en el estudio del orígen natural del hombre y de sus facultades físicas, intelectuales y morales, el ateismo. Repetimos, que el orígen de la facultad y del derecho de testar no es otro que "el del hombre."

PARRAFO IV.

¿Cuál es el fundamento del derecho de testar?

Ya subjetiva ya objetivamente considerado tal derecho, encontramos que su fundamento es el mismo y se identifica con la naturaleza, modo de existir, objeto y fin del hombre á quien ha sido concedida tal facultad y su ejercicio, no por mera casualidad, antojo, ni capricho, sino para que pueda así llenar los objetos de su vida, satisfacer las naturales exigencias de su ser, las imperiosas necesidades de su naturaleza, los apremiantes atractivos de sus relaciones sociales y los ahincos constantes é insuperables de sus mismas facultades físicas, intelectuales y morales. Todas estas cosas por ser tan naturales al hombre, convencen de que los medios con que éste cuenta para satisfacerlas, es decir, la facultad y el derecho de testar, son de la misma naturaleza, tienen el mismo orígen, el mismo fundamento, el mismo objeto y el mismo fin.

Digitized by Google

PARRAFO V.

¿Cuál es la naturaleza del derecho de testar?

Poco nos resta que decir, supuestos los párrafos anteriores en que hemos visto cómo y por qué el derecho de testar tiene el mismo orígen, igual objeto é idéntico fin que la facultad de testar, con cuyo ejercicio se confunde, sin por eso dejar de distinguirse. Solo agregarémos que la naturaleza de cada cosa, está proporcionada al fin para que ha sido creada, y para conseguir el cual, está constituida ó formada, como que viene á ser el mejor medio de llegar á él. De aquí es, que la naturaleza del derecho de testar, es la misma que la de tal facultad, es decir, la del hombre á quien sirve de medio para conseguir su fin.

PARRAFO VI.

¿Cuál es el objeto del derecho de testar?

El objeto del derecho de testar subjetivo, es el libre y legal ejercicio de la facultad que tiene el hombre de testar ó manifestar su voluntad. El del mismo derecho, objetivamente examinado, es el de reconocer, reglamentar y garantir el uso del anterior. Y tanto uno como otro, forman el del derecho civil sobre testamentos. Por eso verémos en éste que solo se tiene en él por voluntad manifestada del testador lo que éste espresa ante tal número de testigos, lo que suscribe con su firma, si sabe y puede hacerlo, lo que está espuesto ante tal ó cual funcionario, y escrito en tal ó cual papel, &c. Esto es por lo que hace al derecho de testar, subjetivamente visto. En el mismo derecho civil encontramos normado el uso de éste, ordenando que

Digitized by Google

las propiedades del hombre, sean distribuidas de esta ó de la otra manera, con tales ó cuales condiciones y requisitos, bajo estas ó aquellas calidades propias, y de acuerdo con la naturaleza, sentimientos, tendencias, inclinaciones, pasiones y aun preocupaciones, y por último, bajo tales y cuales penas ya negativas, ya positivas, ya de ambas clases.

Todo lo que, es propio del derecho de testar objetivo.

PARRAFO VII.

¿Cuáles son los medios, y de qué clase, con que cuenta el derecho de testar para ejercerse y realizarse?

Nada existe sin objeto, y por tanto el derecho de testar, en uno de sus aspectos, tiene por objeto la facultad del mismo nombre, su ejercicio y sus efectos; y en otro, la norma, uso, goce y garantía del primero. Por eso el derecho civil testamentario, tiene por objeto ambas cosas, que, en último análisis, vienen á refundirse en la propiedad, cuya virtualidad ó fundamento llamamos facultades productoras, á cuyo ejercicio damos, y con razon, el nombre de trabajo; y cuya forma producida denominamos propiedad física ó metálica, ó intelectual y moral, ó en una palabra "propiedad."

Tanto la facultad de testar, como el derecho de hacerlo, y esto bajo tales ó cuales requisitos, necesitan medios para realizar sus objetos; y estos medios, so pena de no serlo, deben ser proporcionados á la naturaleza de las cosas á que sirven para alcanzar sus objetos, es decir, que deben tener la misma naturaleza, el mismo orígen, objeto y fin que el del hombre, para satisfacer las necesidades físicas, intelectuales y morales de éste. Y por esto los medios con que cuenta para llenar los objetos de su vida, son de tres órdenes, físicos, intelectuales y morales.

Solo nos resta ocuparnos de la propiedad, para, con método, precision, claridad y provecho, entrar á su tiempo á examinar las cosas relativas á los testamentos, materia de la segunda parte de esta obra.

Digitized by Google

CAPITULO SEGUNDO.

De la propiedad.

Con solo pronunciar esta palabra *propiedad* nos encontramos precisados á inquirir ¿qué debe entenderse por propiedad? ¿cuántas son sus especies? ¿cuál su objeto y cuáles los medios para conseguirlo? ¿en qué se funda el derecho de propiedad, la propiedad de derecho ó simplemente la propiedad? ¿cuáles son los derechos particulares contenidos en el general de propiedad? ¿qué cosas pueden ser poseidas en propiedad? ¿en derecho natural, pueden separarse los modos de adquirir del título sobre que se funda la propiedad? y por último ¿qué duracion debe tener la propiedad? Cuyas cuestiones trataremos en tantos párrafos, cuantas son ellas.

PARRAFO I.

¿Qué debe entenderse por propiedad?

La cualidad inherente á una cosa, llama propiedad el Diccionario de la Academia. Esa cualidad puede pertenecer á cosas que versen en los órdenes físico, intelectual ó moral: así es que la propiedad, en general, puede ser física, intelectual ó moral; y en este sentido se dice *esto es propio, peculiar de aquello.* Mas esta definicion, meramente gramatical ó etimológica, solo nos indica la idea de propiedad, pues deja á la significativa la esplicacion lógica de la propiedad jurídica, que es de la que nos ocupamos. Esta es, *la relacion de legítima pertenencia que hay entre nuestras facultades productoras y las cosas en que pueden ejercerse.* La propiedad no pasa

Digitized by Google

de los límites de nuestra voluntad, y las cosas de que ella dispone ó puede disponer; pero no consistiendo ni en la una ni en las otras, por que ni la voluntad es propiedad en este sentido, ni lo son las cosas con independencia de ella misma, solo resta la relacion que hay entre una y otras; y por lo mismo esta relacion nos da la idea verdadera de la propiedad. Esta relacion ha de ser de pertenencia, y es una consecuencia forzosa de nuestra naturaleza, nuestras necesidades físicas, intelectuales y morales, y de nuestro destino: entra por tanto, en la disposicion de la ley, y de ella recibe su complemento y su legitimidad. Mas como esta relacion es esencial, y á relaciones esenciales corresponden leyes de la misma clase, es claro que la que funda, legitima, complementa, norma y garantiza la propiedad, es la ley natural. Sirva esto para indicar lo que despues desarrollarémos, que como el derecho civil no es mas que la aplicacion del natural, no puede hacer otra cosa, que reconocer la propiedad y reglamentar su uso, goce y adquisicion en la sociedad; mas no crearla como pretenden algunos autores.

PARRAFO II.

¿Cuántas especies hay de propiedad, cuál es su objeto y cuáles los medios para realizarlo?

Acabamos de ver que la propiedad en general, ó considerada como la cualidad inherente á una cosa, puede ser física, intelectual y moral; pero tambien vimos que no es sino de la propiedad jurídica de la que nos ocupamos. En ésta tenemos que distinguir dos cosas para saber sus acepciones; esto es, *propiedad de derecho* y *derecho de propiedad.* La confusion en estos términos es la de las propiedades, por serlo la de sus ideas; y por lo mismo, altamente nociva á la ciencia del derecho. Hé aquí la necesidad de distinguirlas; y su distincion la prueba de sus especies.

Propiedad de derecho es *la cosa que es un medio, una condicion*

Digitized by Google

de conservacion y desenvolvimiento para la vida humana. (Ahrens, filosofia del derecho.)

Derecho de propiedad es *la facultad de conservar la propiedad de derecho, la de poseerla, gozarla, disfrutarla y disponer de ella.* (El mismo autor.)

Una y otra son las dos principales especies que hay de propiedad jurídica.

Nada existe sin objeto y sin fin. El objeto de la propiedad ni es ni puede ser otro que la satisfaccion de las necesidades físicas, intelectuales y morales del hombre. Su fin, no es ni puede ser otro, que el de proporcionar al hombre no solo los medios de llenar el objeto de su vida y conseguir el término verdadero de su sér, sino lo que es mas, este mismo fin: por esto el fin de la propiedad jurídica se identifica, en cierto sentido, con el del hombre. Este ha sido creado por Dios para un fin: en consecuencia, le han sido dados por su Creador, los medios necesarios é inmejorables para conseguirlo. De otra manera no habria objeto en la creacion del hombre, ni éste habria nacido como todos los séres para un fin, ó teniéndolo, se le habrian negado los medios para conseguirlo; y en estos supuestos paramos en el *deismo*: porque si el hombre fué creado sin objeto, Dios obró por capricho y sin razon; y si el hombre, como no hay duda, existe con razon, con objeto y para un fin, debe estar, y de facto está, formado de una manera tal, que es la mas apta, la única para realizar aquel y conseguir éste: negarle, pues, estos medios, seria crearlo para un objeto que no existia ó no podria obtener. Por otra parte: al hombre se le castiga no solo porque en sus acciones contraria el objeto de su sér y el término ó fin de su existencia, sino porque para llegar á uno ú otro, abusa de los medios con que al efecto cuenta; y lo que es mas todavía, se le castiga porque no usa de ellos. Es claro, por lo mismo, que esos medios existen, ó que Dios no existe, pues seria injusto castigando al hombre porque no usara de lo que no existia ni en general ni para el hombre, y mucho ménos con el carácter de obligatorio. Dios existe; y por tanto, el hombre que es de sus criaturas la mas perfecta por ser su imágen y semejanza, tiene un objeto y un fin determi-

Digitized by Google

nados, y para su consecucion, los medios necesarios y proporcionados á su naturaleza. Si esto no fuera cierto, deberiamos convenir en que la existencia del hombre era la mas sarcástica y completa prueba de la impotencia divina, ó lo que es igual, de la verdad del deismo. No hay duda, pues, en que el hombre tiene en su naturaleza y á su disposicion los medios mas aptos para conseguir su fin. Tampoco la hay en que si por una parte tiene la estrecha obligacion de usar y conservar aquellos, por otra, cuenta con derecho para exigir de los demas que no se le perturbe en el uso, ni ménos se le destruya la existencia de estos medios; y así como tiene esta razon de justicia para exigir de los demas lo espuesto, es de su deber hacer con estos lo que de ellos exige. Esta razon de justicia con que pide lo dicho, convence la existencia de la propiedad de derecho y la del derecho de propiedad, idénticas con la existencia y conservacion de los medios necesarios para conseguir el fin; y cuyos medios versan en los órdenes físico, intelectual y moral, que forman el sér del hombre en sus relaciones para con Dios, para consigo y para con los demas. La propiedad de derecho y el derecho de propiedad se identifican, pues, en cierto sentido, con la naturaleza del hombre, porque constituyen sus medios para conseguir su fin. De aquí resulta, que la propiedad tiene por orígen el del hombre, por objeto, la satisfaccion de las necesidades físicas, intelectuales y morales del hombre, por fundamento, la naturaleza humana, y por fin, llevar á aquel al suyo, con el cual en algun sentido se confunde.

No teniendo, como no tiene, la propiedad mas orígen que el del hombre, ¿qué debe hacer con la de derecho el civil? Reconocerla y aplicarla en la sociedad supuesta la existencia, y de acuerdo con ella, de las relaciones que hay de individuo á individuo, de éstos para con la sociedad, de ambos al gobierno, de éste para aquellos, y de todos para con las demas naciones. Y con el derecho de propiedad ¿qué debe hacer el civil?

Reconocido el orígen de la propiedad, su naturaleza, base y objeto, es claro que al derecho civil solo toca reglamentar ó dirigir su adquisicion social y garantizar su uso, posesion y goce. Y ¿por qué solo debe hacer esto?

Digitized by Google

Porque no ha creado la propiedad, sino que ésta es esencial y por lo mismo las leyes á que se sujeta son las naturales, y en consecuencia el derecho civil que no puede ser mas que la aplicacion del natural á la sociedad, no puede ser distinto en materia de propiedad. ¿Por qué debe reglamentar su adquisicion en la sociedad y garantir su uso y goce? Porque de otra manera se harian ilusorios en la sociedad los derechos y deberes relativos á la propiedad, puesto que el hombre, abusando de su libertad, puede, ó hacer que todos abusen de la suya, ó que sea quimérica la de los demas, hasta venir á parar en el principio de Hobbes ó en el de Prudhomme, ambos funestísimos á la sociedad y al individuo, á quienes destruyen. Esto convence de la necesidad de la existencia del derecho civil y de la de que éste sea la recta, exacta y mejor aplicacion del natural á la sociedad; y prueba tambien la razon que hemos tenido para llamar al derecho civil *la recta aplicacion del natural á la sociedad.*

Véamos ahora qué entiende nuestro derecho patrio por propiedad y cuántas son sus especies. La ley 10 del título 33 de la partida 7ª, se espresa así: "Otrosí dezimos que propiedad es, el señorío de la cosa, e possesion es la tenencia della: pero á las vegadas la una de estas palabras se toma por la otra." Se ve que la ley habla de las dos propiedades que hemos mencionado, y prueba que importa distinguirlas como lo hemos hecho. Los civilistas dividen la propiedad en perfecta é imperfecta, segun que solo se goce, por uno ó por varios, de la cosa, y supuestas la prioridad ó posterioridad en ó de su goce. Tambien dividen el dominio en directo y útil, segun que se posea la cosa y sus efectos, ó solos éstos ó aquella. Comprenden en esto el derecho *ad rem* y el *in re*, que tanto uso tienen en el foro, y se fundan y tienen su aplicacion en el derecho de propiedad y en la propiedad de derecho de que hemos hablado.

Digitized by Google

PARRAFO III.

¿En qué se funda el derecho de propiedad y la propiedad de derecho ó simplemente la propiedad?

Para sentar y desarrollar las pruebas de que una y otra propiedad, ó ésta en general, están fundadas en el *Derecho natural*, bastaria recordar lo ántes dicho, y esplanar un poco las razones espuestas; pero á fin de evitar repeticiones, con el objeto solo de apoyar con la autoridad de sabios escritores nuestras doctrinas, tambien por hermosear nuestros trabajos y fomentar la erudicion de los jóvenes lectores, por refutar algunos errores que, emitidos por ciertas personas son tan incalculablemente trascendentales, y, finalmente, para contribuir por estos medios al bien de nuestro país, trascribiré mos lo que sobre el fundamento de la propiedad ha publicado el profundísimo Mr. Ahrens en su obra de la filosofia del derecho.

"Se trata ahora, dice, de precisar mas por menor la nocion de la propiedad y la del derecho de propiedad. Como la propiedad no solamente está basada sobre el derecho, sino que espresa el derecho en cuanto que se aplica á una persona particular, la propiedad participa necesariamente de todos los caractéres del derecho. *Tienen el mismo fundamento* y el mismo fin. La propiedad está fundada en la naturaleza del hombre, en sus necesidades físicas é intelectuales, y su fin es procurar á cada uno todo lo que le es necesario para satisfacer estas necesidades. No hay otra razon ni otro objeto para la existencia de la propiedad; mas como esta razon es comun á todos los hombres, debe haber una propiedad para todos los hombres indistintamente. Los límites del derecho propio, son tambien los de la propiedad; y como el derecho propio de cada uno, se limita al conjunto de condiciones necesarias á su desenvolvimiento físico é intelectual, no puede pretender mas que la propiedad que

Digitized by Google

sea suficiente para satisfacer las necesidades que le resultan de la de su desenvolvimiento."

"El título de propiedad se constituye así para cada uno por sus necesidades; cuando estas necesidades están satisfechas y miéntras están satisfechas, el título se estingue por el derecho natural, y no hay otra razon de él para la propiedad, que la variedad de las necesidades de la naturaleza humana. Mas como la propiedad se refiere á las necesidades ya físicas ya intelectuales que resultan necesariamente del desenvolvimiento de la naturaleza humana, la propiedad debe ser considerada como un derecho primitivo y absoluto, y no como un derecho condicional é hipotético. Porque no es necesario que preceda ademas un acto cualquiera de parte de una persona para adquirir el derecho de propiedad."

"La propiedad resulta inmediatamente de la naturaleza del hombre. No son los actos particulares como la ocupacion, la convencion, etc., los que constituyen el título de propiedad. La propiedad es un derecho personal, primitivo y natural del hombre. Es un derecho absoluto ó primitivo, porque resulta inmediatamente de la naturaleza del hombre, de la necesidad de proveer por un conjunto de condiciones y de medios, ya materiales ya intelectuales, al desenvolvimiento físico é intelectual del hombre, y á los diferentes fines comprendidos en él. Cada hombre, como tal, puede por derecho natural aspirar á una propiedad proporcionada á sus necesidades. Esta cantidad debe ser garantizada á cada uno: de otro modo, el derecho y la justicia no quedarian satisfechos. Ademas, así como el derecho resulta inmediatamente de la naturaleza del hombre, y no depende de ningun acto de la voluntad ni de ningun contrato, la propiedad en cuanto á su base, no se funda tampoco sobre actos particulares como la ocupacion, la especificacion, el trabajo, el contrato ó la convencion."

"Sin embargo, aunque el derecho de propiedad sea superior, é independiente de la voluntad de los hombres, es menester que éstos se reunan y convengan entre sí para garantizarse recíprocamente este derecho. La garantía de la propiedad, no el derecho de pro-

Digitized by Google

piedad, tiene su orígen de este modo, en una convencion, que es un acto de sociedad. Tambien es á la sociedad á quien pertenece el derecho de organizar y de reglar la propiedad entre todos sus miembros. La sociedad no cria el derecho de propiedad y de consiguiente no tiene el derecho de destruir la propiedad; pero debe reglar su aplicacion y su organizacion; y como la naturaleza de cada sociedad exige que el derecho de cada uno se limite por el derecho de todos, la sociedad no puede reconocer el derecho de propiedad como un derecho ilimitado; tiene el derecho no de destruir la propiedad, sino de circunscribirla dentro de sus propios límites." Diremos sobre esto dos palabras.

Pretende M. Ahrens que la garantía de la propiedad depende de la convencion, ó sea pacto social. No nos ocuparémos en probar con Thorel, en su obra del orígen de las sociedades, ni con Hermosilla en la de su Jacobinismo, ni con Balmes en su Protestantismo, que el pacto social es estravagante por sí, imposible en la legislacion, impracticable en la constitucion, terrible en sus efectos y falso en sus principios; y no lo harémos, porque nos lo impide el carácter de esta obra; pero sí espondrémos un solo raciocinio que, á nuestro ver, comprende todo lo dicho, aunque tal vez podremos equivocarnos porque es esclusivamente nuestro y puede cegarnos la preocupacion en favor propio. Un atributo esencial de una cosa, no puede ser causa eficiente ni orígen de otro atributo igualmente esencial á la cosa misma y de cuyo conjunto resulta la constitucion natural de la misma cosa. La sociedad está esencialmente constituida por cuatro atributos: los individuos, las relaciones, las leyes y el poder. Así es que las leyes que garantizan y norman la adquisicion, uso y goce de la propiedad, no pueden tener por orígen á la voluntad de los individuos, sino á la naturaleza de la sociedad. Para que tal orígen tuvieran, seria indispensable que la sociedad debiera su naturaleza, su constitucion, su esencia al pacto social: es decir, á la voluntad del hombre; y sucede que éste es el que nace, crece, se desarrolla y complementa en y por la sociedad, y que ésta existe independiente y aun á pesar de la voluntad del hombre. Este

Digitized by Google

no se determina por sí mismo á la existencia ni se debe á sí mismo el sér: por tanto no se debe á su voluntad el primer atributo constitutivo de la sociedad, los individuos; pues aunque á todo trance procura la reproduccion, esto no es por su voluntad, sino porque á ésta la impele la naturaleza del hombre, como lo prueba su organizacion. La existencia de los individuos es el hecho preliminar, la *conditio sine qua non* de la existencia de las relaciones entre ellos; pero ni éstos deben su ser á aquellas, ni éstas á ellos: así es que, aun cuando el hombre no quiera, por el hecho de existir, está esencialmente relacionado con los séres de su misma especie: de lo que resulta, que tampoco este segundo atributo de la sociedad se debe á la voluntad humana. La existencia de las relaciones mencionadas, y la de las facultades que constituyen al hombre, así como la de los órdenes físico, intelectual y moral, bajo cuya influencia se halla colocado, demandan por la misma naturaleza de las cosas, la existencia de ciertas reglas fijas, notorias y revestidas del carácter obligatorio, indispensable para su observancia; y estas reglas son las leyes, tercer atributo constitutivo de la sociedad. Estas leyes deben ser proporcionadas, por su naturaleza, á la de las cosas á que sirven de regla, á las relaciones; y como ni éstas, ni los individuos deben su naturaleza á la voluntad del hombre, es decir, al pacto, tampoco las leyes, puesto que por ser de la misma naturaleza tienen el mismo orígen que los anteriores atributos. El poder social, cuya mision es la observancia de esas leyes, es consiguiente, sin depender por eso de la existencia de los precitados atributos; pero no les debe su sér, sino, como ellos, al Ser de los séres. Con esto palpamos la evidente verdad de estas palabras divinas: *per me reges regnant.* Sin esto nada podemos comprender; ni aun siquiera la diferencia que existe entre poder social y gobierno que en la sociedad le ejerza; entre constitucion social y constitucion política de una sociedad. El poder y la constitucion social, existen á pesar de la voluntad del hombre; y el gobierno y la constitucion política deben existir, y de facto existen, por y de acuerdo con la voluntad del hombre.

El orígen del poder, dígase cuanto se quiera, está en Dios. La

Digitized by Google

designacion de las personas que le han de ejercer, mejor dicho, el orígen del gobierno, está en la sociedad, porque el autor de esta se lo ha concedido constituyéndola al efecto, como está constituida, apta para ello; y la determinacion de la forma bajo que debe ejercerse el poder social y cuya espresion debe ser la constitucion política, debe hacerla el gobierno, atentas la constitucion social, la conveniencia y justicia del sistema que se adopte, y la voluntad, necesidades, circunstancias, tendencias, pasiones y educacion del pueblo para que se dá. Ninguno de los atributos constitutivos de la sociedad, tiene, pues, por orígen á la convencion ó pacto de que habla Ahrens, ni, por lo ménos, las leyes que norman y garantizan la propiedad en su adquisicion y goce tienen tal orígen.

El mismo autor ha fijado por orígen y fundamento de la propiedad la naturaleza del hombre: despues nos asegura que las necesidades de éste; mas son tantas, que para satisfacerlas se hace precisa su perfeccion en los órdenes físico, intelectual y moral. Cuando, pues, el autor citado ha fijado por límites de la propiedad la satisfaccion de las necesidades, y sentado que solo existe en cuanto baste á la misma satisfaccion de las necesidades del hombre, no ha hecho mas que contradecirse, limitando por sus consecuencias, lo que es ilimitado por sus principios ó vice versa; ó hacernos palpar que cuando sentó aquellos no previó éstas, y al deducirlas, retrocedió, asustado de sus propias creencias. Mas supongamos cierta, segura la doctrina del autor. Entónces seria indispensable la existencia de un tasador de los medios ó propiedades indispensables para satisfaccion de las necesidades físicas, intelectuales y morales, y de las exigencias sociales ó individuales, positivas y facticias del hombre. Y ¿quién será ese tasador? y supuesto que pudiera existir ¿quién le nombraría? ¿con qué título? ¿de qué manera? ¿cuál sería la regla de su conducta? Este tasador de la propiedad individual, no podria ser otro que Dios, la sociedad, ó el hombre en particular. Si Dios, el hombre puede y debe usar de las facultades que le ha concedido, no sin objeto. Si el hombre, admitiriamos como títulos de propiedad la codicia, la usura, el robo en su mayor latitud, la prodigalidad y la miseria; cosas

Digitized by Google

contradictorias, absurdas y monstruosas. Si la sociedad, fijariamos como elementos constitutivos de la propiedad la ambicion, la envidia, la usurpacion, la arbitrariedad y tiranía de los gobiernos, y los instintos feroces, propensiones horribles y funestas tendencias de las masas. No hay medio: ó admitimos que el orígen y fundamento de la propiedad es y está en la naturaleza del hombre, ó no. ¿Sí?; no hay que arredrarse con las consecuencias, pues sabemos que la misma naturaleza tiene puestas reglas para la adquisicion, conservacion y goce de la propiedad. ¿No? pues entónces negar que el hombre tiene necesidades físicas, intelectuales y morales que satisfacer en la vida; ó admitiéndolas, negar que tiene facultades á propósito para cubrirlas, ó aun concedido esto tambien, negar que el hombre tiene posibilidad legal para ejercerlas; y de cualquiera de éstos puntos al ateismo no hay una línea.

Por otra parte. Asentir á la doctrina que venimos refutando, seria abismarnos en el error que llamamos socialismo, pues cuando se hubieran adquirido bienes mas que suficientes para satisfaccion de las necesidades individuales, y el tasador lo declarase así, se haria indispensable el reparto de los que sobraran al que tuviera cubiertas sus necesidades, entre los que no las tuviesen, por desidia, por el juego, la bebida, los amores, las pendencias, en una palabra, por la prostitucion en una ó varias de sus multiplicadísimas y asquerosas ramificaciones. Y de no caer en ese error, incurririamos en otro no ménos grande y funesto, cual seria creer que una vez satisfechas las necesidades individuales y declarado así por el irrevocable é inapelable fallo del tasador, ó las facultades productoras del hombre deberian permanecer ociosas, lo que equivaldria á que la ley de la inercia, y no la del trabajo, se observase; ó que el trabajo, sin embargo de ser forzoso quedara sin recompensa. Uno y otro estremo son tan funestos al individuo, á la familia, á las sociedades y á sus gobiernos, que no pueden admitirse ni en hipótesis, por lo absurdo de sus consecuencias, tiránico, injusto, y arbitrario de sus aplicaciones, y por lo trascendental, inmoral y ridículo de sus efectos y resultados.

Ademas, en la primera parte de tal disyuntiva, se nos presentan

Digitized by Google

las siguientes dificultades: cuando, como es natural, el entendimiento ejerciéndose adquiera la verdad, la voluntad, el bien y la libertad, la verdadera felicidad del hombre, ¿éste se vería precisado á no gozar ninguna de estas tres cosas? ó ¿acaso el entendimiento se sacia con quince verdades, por ejemplo, la voluntad con veinte bienes, y la libertad con treinta y cinco deliberaciones? ¿No es verdad que ó no quedaria satisfecho el objeto de tales facultades, ó que las mas si no todas las veces, habría abusos? y cuando éstos se presentaran ¿cómo se calificarian y por quién? ¿cómo se contenian, evitaban y castigaban y por quién? ¿conforme á qué ley? ¿A la civil? ésta es impotente en el foro interno. ¿A la moral? ésta no está en pugna con los designios divinos, y éstos se palpan y patentizan en el modo de existir del hombre; y en éste vemos, en todo, lo contrario á la doctrina. En la segunda parte de tal disyuntiva, encontramos al hombre, por un lado, persuadido y tristemente desengañado de que su trabajo es infructuoso; y por otro, de que va á servir para fomentar vicios de los que no trabajan, y por lo mismo, que fastidiado de trabajar, se precipitaria á la rebelion contra quien lo obligara á ella: al suicidio cuando se hallara impotente para lo primero: ó á la ociosidad y prostitucion cuando los estremos anteriores no le fueran de fácil realizacion, aun cuando para esto tuviera que sufrir mil tormentos.

Y no se crea que es por espíritu de prevencion contra el autor citado por lo que hemos rebatido sus doctrinas; ni tampoco que pretendemos haber sido los primeros en hacerlo, ó ser autores del orígen y novedad de tal refutacion, pues con anterioridad á nosotros lo han hecho escritores muy respetables y acreditados por su ciencia y sinceridad. De todos, y por consultar á la brevedad, así como por ser de nuestro país, para el cual escribimos, solo citarémos al Ilmo. Sr. Dr. D. Clemente de Jesus Munguía en su profundísima obra de derecho natural, tomo 2º, cap. 1º, corolarios, párrafo 7º, cuestion 2ª, pág. 137 y 138, donde despues de haber transcrito, como nosotros, las doctrinas de M. Ahrens, dice: "ideas tan exactas debieran ser completas, mas por desgracia, la teoría que ellas com-

Digitized by Google

ponen deja un hueco donde podria ensancharse notablemente la codicia de los individuos y la arbitrariedad de los gobiernos. Segun la doctrina de M. Ahrens la garantía sigue á la ley, la ley sigue al derecho: esto es muy exacto. Pero el derecho se comprende dentro del círculo de las necesidades individuales. ¿Qué sucede, pues, en la cuestion de la riqueza cuando ella traspasa los términos de aquellas necesidades? ¿El individuo deja de emplear legítimamente sus facultades naturales cuando la produccion toca á ciertos términos? ¿Sí? luego este derecho no es esencial á la naturaleza humana, y la ley de la inercia seria entónces la que diese su moral á la ley del trabajo. ¿No? luego las necesidades del hombre no determinan tal limitacion del derecho que tiene en la propiedad ya adquirida: ¿cómo completar, pues, esta teoría? haciéndola pasar del órden de los principios á la carrera de las consecuencias. ¿Cuáles son los principios? las necesidades, las facultades y los elementos productores. ¿Cuál es la primera consecuencia? la propiedad. ¿Cuál es la segunda? el dominio. ¿Cuál es la tercera? la trasmision vária y legítima; el aumento ó diminucion particular de cada uno. ¿Cuál es la cuarta? la desigualdad de las fortunas en la diversidad del empleo de las facultades productoras y en la disposicion libre de las cosas producidas. El derecho de propiedad tiene toda la estension que puede recorrer en su escala de legitimidad, las facultades productoras y su ejercicio, la produccion en sus formas, el dominio en su accion. De otra manera, ya tendriamos necesidad de buscar un géometra que graduase la proporcion entre los recursos y las necesidades de todos y de cada uno de los hombres, ó de estar y pasar por todas las usurpaciones caprichosas que puedan sobrevenir en consecuencia de una libertad pervertida por los vicios y favorecida por otra parte con los caractéres vagos de una ley inaplicable dentro de los límites de la justicia."

Por todo lo espuesto creemos y sostenemos, que la propiedad solo tiene por límites los que fija la ley natural á las facultades productoras del hombre, á su ejercicio y á los efectos, que es la propiedad en su forma producida.

Digitized by Google

PARRAFO IV.

¿Cuáles son los derechos particulares contenidos en el derecho general de propiedad?

En esta cuestion, véamos qué nos dice la razon en el exámen de las teorías mas generalmente admitidas.

Una de éstas considera la posesion del derecho como el hecho preliminar indispensable de la propiedad; y tal teoría es, bajo un aspecto falsa, y cierta bajo el otro. Suponer que la posesion del derecho es el preliminar de la propiedad de derecho, es una falsedad, pues hemos probado que la propiedad tiene por orígen y fundamento á la naturaleza del hombre, sus necesidades y su fin, y por lo mismo, que la posesion no puede ser orígen ni fundamento de la propiedad de derecho; pero sí es indispensable dicha posesion para el derecho de propiedad que no puede existir sin ella; y en este sentido es cierta la teoría. Si los que la sostienen reclaman la posesion física, aquella es falsa en todas sus partes, porque ni toda propiedad se posee siempre, ni todo lo que se posee es propiedad.

La posesion así considerada, es uno de los mejores medios de realizar la propiedad de derecho, y el mejor para léjos de hacer ilusorio, conservar y disfrutar el derecho de propiedad. Mas oigamos sobre estos puntos las doctrinas de M. Ahrens: "La teoría mas generalmente admitida de la posesion, la considera como el hecho preliminar indispensable de la propiedad. Segun esta teoría, la propiedad puede nacer de una posesion larga, contínua y de buena fé. Pero la posesion no puede constituir la propiedad. La posesion no puede ser considerada como un derecho distinto de la propiedad y anterior á ella, sino como un derecho particular del derecho de propiedad derivado de este derecho general." El autor considera la posesion, respecto á la propiedad, como una de las especies de un género lógico. "Porque, continúa diciendo, entre la propiedad y la pose-

Digitized by Google

sion, la relacion es esta: para que haya posesion, es necesario que se haya probado el título de propiedad." Mas para que haya propiedad no es necesario que haya posesion. "Así, léjos de constituir ó de preceder al derecho de propiedad la posesion, se deriva de él: es, por decirlo así, la materializacion de aquel. El derecho de propiedad puede existir sin la posesion, mas entónces es incompleto: la posesion le completa, porque como la propiedad está constituida en razon directa de las necesidades de la vida, no podria producir su efecto sin la posesion que pone los medios de satisfacerlas, en el poder real del hombre."

"Lo mismo sucede respecto del uso, usufructo y servidumbres, que no son mas que hechos complementarios de la propiedad."

"Para determinar la diferencia que existe entre el usufructo y la propiedad, la teoría ordinaria se funda en un error, haciendo una distincion entre la nuda propiedad y los derechos que forman una porcion de la propiedad."

"Esta distincion descansa sobre un error. Hemos visto que una cosa de la que no se hace uso, no puede entrar en el dominio del derecho, porque el derecho está esencialmente fundado en la utilidad, en la satisfaccion necesaria y efectiva de las necesidades físicas é intelectuales del hombre; así que, en la teoría de la nuda propiedad, se supone que una persona solamente tiene la cosa, y que otra goza de ella, la utiliza. Pero la cosa, la pura materia, es indiferente al derecho: solo su utilidad, el uso que se hace de ella, es lo que forma el elemento de la propiedad. Los derechos de uso y usufructo establecen, pues, una comunidad de propiedad dividida por el tiempo, el espacio y otras condiciones."

A fin de evitar se caiga en errores y se nos inculpe de haberlos fomentado, trascribiendo doctrinas como las que acabamos de ver de M. Ahrens, y guardando sobre ellas un silencio que demostraria lo dicho, dirémos sobre tal doctrina, así como sobre la razon en que la funda su autor, cuatro palabras.

"Hemos visto, dice Ahrens, que una cosa de la que no se hace uso, no puede entrar en el dominio del derecho:" y apoya su aser-

Digitized by Google

cion en que segun él "el derecho está fundado esencialmente en la utilidad, en la satisfaccion de las necesidades físicas é intelectuales del hombre."

Para persuadirnos de la falsedad de tal doctrina, nos basta examinar si el hombre en tanto es propietario de una cosa en cuanto á que usa de ella, ó si tal uso lo tiene porque es propietario. En el primer supuesto resulta: que el hombre, á pesar de tener por su misma naturaleza facultades productoras, ó sea propiedad en su virtualidad ó fundamento; además de tener por la misma naturaleza facultad de ejercer tales facultades, ó sea la de trabajar para realizar el objeto de ellas y aun el mismo suyo, ó bien propiedad en su forma productora; y además de tener los efectos de ambas cosas, es decir, propiedad en su forma producida, además de esto, decimos, el hombre, so pena de no ser propietario, debe usar de tales propiedades, no mas que porque de no usar de ellas dejaban de pertenecerle, aun cuando fueran el resultado del ejercicio de sus facultades, y aun cuando con solo ejercer éstas se hayan satisfecho y continúen, con la adquisicion, satisfaciéndose en gran parte las necesidades físicas é intelectuales del hombre: lo que nos llevaria al error que ántes hemos refutado, al hallarlo sostenido por Abrens, y que consiste en limitar la propiedad á la satisfaccion de las necesidades individuales; lo que, como vimos entónces, ó nada significaria ó nos arrastraria al comunismo, fuente de tantos é imponderables males. Así es que, el hombre usa de su propiedad porque es propietario; mas no es propietario porque usa de su propiedad. Por eso cuando usa de una propiedad agena no es propietario de ella, ni aun del uso; sino cuando se le conceda por el dueño; y sí es dueño del uso cuando es propietario de la cosa usada. De lo contrario, seria cierto el principio de Prudhomme de "*La propiedad es el robo*" y entónces la usurpacion, y no el trabajo, seria el mejor título de propiedad.

Por otra parte, la inexactitud ó falsedad de una doctrina, queda probada cuando se la sienta como un principio fundado en la esencia de las cosas, y se demuestra que conforme á la misma naturaleza es lo contrario; y esto sucede con la que nos ocupa. A,

Digitized by Google

por ejemplo, es dueño de una finca y la posee; pero la deja, la abandona, y al cabo de cierto tiempo piensa venderla. Pues bien, no obstante ser propietario de ella, segun la doctrina de M. Ahrens, no puede enagenarla, sino que debe perderla á pesar y con notable perjuicio de su derecho. Ni se diga que en esto se funda la prescripcion, porque ésta, si está fundada alguna vez en derecho natural, no se aplica á tal ó cual caso por el abandono del propietario, como porque á la sociedad interesa conocerlo y se la perjudica mas, tal vez, con el abandono de una propiedad que aun con su abuso mismo. Y todavía en este caso se han fijado ciertos requisitos que indudablemente contrarian tal doctrina: tales son el mayor ó menor tiempo, segun que las cosas sean muebles, inmuebles, públicas, privadas, seculares, eclesiásticas y nacionales; segun que los propietarios sean comunidades ó individuos, y estos mayores ó menores de edad; y segun que se hallen presentes ó ausentes.

Examinemos ahora la falsedad de la razon en que M. Ahrens apoya tal doctrina.

Derecho, *es la razon de justicia que todos tenemos para exigir de los demas el cumplimiento de su deber.* Esta razon de justicia emana de que todo hombre ha nacido para un fin; y en consecuencia se le han dado por el autor de su vida los medios para conseguirle. A estos medios hemos llamado propiedad de derecho, y al uso de ellos y á la facultad que cada uno tiene para que no se le usurpe ó impida su ejercicio, hemos dado el nombre de derecho de propiedad.

Todos respectivamente tenemos tanto estos derechos, como tales obligaciones, y porque todos las y los tenemos, y esto por la naturaleza, que tiene por orígen á Dios, por reglas de conducta, la ley natural, por medios los naturales dados por Dios, y por fin, el del hombre, quien en último análisis se identifica con su orígen; por esto decimos que el derecho no tiene por orígen, por fundamento, por objeto ni por fin, la utilidad, como pretende Ahrens, sino á Dios, al hombre, á la naturaleza de este, á sus relaciones y á su fin.

"Tú varias y lo que varía no es la verdad," decia el profundísi-

Digitized by Google

mo Bossuet al protestantismo; y eso mismo decimos nosotros á todo error. M. Ahrens ha variado y contradíchose sobre la materia que nos ocupa. Antes nos dijo que el fundamento del derecho de propiedad y de la propiedad de derecho, es la naturaleza humana: ahora nos asegura que esencialmente es la utilidad: á renglon seguido nos afirma que la satisfaccion de las necesidades físicas é intelectuales del hombre, y así nos los aseveró al fijar por límites de la propiedad la satisfaccion de las necesidades individuales en los órdenes físico é intelectual. Esto es no solo distinto, sino diverso; y mas aún, contradictorio. Es pues falsa tal doctrina en alguno de sus sentidos; y este es el de la utilidad, como hemos demostrado. ¿De dónde, pues, esta diferencia de opiniones en un mismo autor, sobre la misma materia y en tan corto intérvalo de párrafos? De una sola palabra que falta; de la idea que representa; de sus íntimas relaciones con los órdenes físico é intelectual: esta palabra y su idea son *necesidades morales*. Con éstas se esplican, comprenden, ramifican y unen las dos ántes citadas y de que ha hablado el autor, esto es, las necesidades físicas é intelectuales que en su union con las morales reciben su influjo, se guian por su mismo camino para constituir la perfectibilidad individual; se norman y dirigen por las mismas reglas; se sujetan á su influencia é impiden llamar á la utilidad objeto y fundamento del derecho.

Aún hay mas: si el derecho tuviera por objeto y fundamento la utilidad, la tendria por orígen, por fin, y por medio para conseguirle, como quiera que todo lo dicho es igualmente necesario y natural; y si tal admitiéramos, se haria indispensable buscar el código de los pactos, la moral de las costumbres, la razon de las leyes que norman las relaciones de los ciudadanos, de la familia y de la sociedad, la felicidad de todos en la utilidad individual; con lo que iriamos á terminar en el caos de la nada en filosofía, en la fuente de la anarquía en política, y en el ateismo en religion.

Con lo espuesto, creemos haber probado lo absurdo y falso de la doctrina y su razon que venimos refutando. Sigamos oyendo al autor citado, para adoptarle en lo que tenga de bueno.

Digitized by Google

"La teoría de las servidumbres es racional y perfectamente conforme con el derecho natural. La necesidad del establecimiento de estos derechos particulares, necesidad que existe en toda sociedad, manifiesta la imposibilidad de una propiedad ilimitada." Antes hemos dicho lo bastante sobre tal doctrina; y para no fatigar al lector, nada añadirémos.

"El derecho positivo establece, pues, una distincion entre la servidumbre y entre el usufructo, uso y la habitacion: llama al usufructo uso y habitacion, derechos personales; y á las servidumbres, derechos reales."

"Pero esta distincion no es fundamental. Todos los derechos existen para una persona, y son por lo mismo, personales. El uso, el usufructo y la habitacion, tienen solamente para las personas una utilidad mas directa que las servidumbres; aunque algunas de estas, por ejemplo la servidumbre de tránsito, se aplican directamente á las personas." Téngase presente lo que ántes hemos espuesto.

PARRAFO V.

¿Qué cosas pueden ser poseidas en propiedad?

Hemos dicho ántes que *propiedad es la relacion que hay entre nuestras facultades productoras y las cosas en que deben ejercerse.* Para saber pues, en general, qué cosas pueden poseerse en propiedad, basta recordar: primero, que en derecho *id possumus quod á jure possumus;* y segundo, examinar las cosas en que pueden ejercerse nuestras facultades productoras, que son en las que deben ejercitarse. Mas precisarémos un poco las ideas.

En el hombre existen tres facultades que lo constituyen, caracterizan y distinguen de los demas séres finitos, haciéndolo descollar entre ellos. Estas facultades son: el entendimiento, que tiene por objeto la verdad; la voluntad, cuyo objeto es el bien, ó sea la verdad propuesta por el entendimiento á la voluntad; y la libertad, cuyo ob-

Digitized by Google

jeto es la felicidad del hombre, puesto que ésta resulta de la combinacion de la verdad y del bien, y que la libertad no es mas que e ejercicio combinado del entendimiento y de la voluntad.

El entendimiento, hemos dicho, tiene por objeto la verdad, y por lo mismo, si permanece en inaccion, cuyo estado constituye ó forma la ignorancia, tiene derecho á salir de ella, á adquirir la verdad y tener esta propiedad. Puede el entendimiento ejercerse conforme á las reglas que tiene fijadas por el Autor de su existencia, para solo el conocimiento de la verdad, su adquisicion, conservacion y goce, y esto que constituye su estado normal y natural, forma tambien su propiedad. A este estado del entendimiento debemos todos aspirar; y una vez conseguido, permanecer en él. El entendimiento al procurar llenar y conseguir su objeto que, repetimos, es la adquisicion de la verdad, puede hacerlo no observando las reglas que para ello tiene, ó usando de ellas como debe, ó abusando de las mismas; y de cualquiera de estos modos, caerá en el error. De este estado tenemos derecho de salir, lo que forma una propiedad y obligacion de procurarla para llegar á nuestro objeto y fin.

Estos estados se encuentran, respectivamente á su objeto, en el ejercicio de la voluntad y de la misma manera en el de la libertad, aunque en ámbas con distintos nombres á los del entendimiento.

Hemos dicho que la libertad tiene por objeto la felicidad, é indicado que esto es así, porque la libertad no es otra cosa que el ejercicio combinado del entendimiento y de la voluntad, ó bien "*la facultad de querer ó no querer despues de haber deliberado.* Si, como no hay duda, la libertad es el ejercicio combinado del entendimiento y de la voluntad; si, como tampoco la hay, el entendimiento tiene por objeto la verdad y la voluntad el bien; si, como es cierto, la adquisicion y posesion de la verdad y del bien, producen en el entendimiento y la voluntad el goce; si, como es evidente, el hombre se llama felíz cuando goza, é infeliz cuando padece y mide su felicidad ó desgracia por el número y la intensidad de sus placeres y dolores, es mas claro que la luz del medio dia, que la libertad tiene

Digitized by Google

por objeto los del entendimiento y la voluntad combinados, es decir, la felicidad del hombre.

Cuando el hombre al adquirir y poseer la verdad y el bien, lo hace sin mezcla alguna de ignorancia, errores y males; sin motivos que engendren su desazon y produzcan su arrepentimiento; cuando esta adquisicion de verdades y bienes es tal que por su número y posesion baste á satisfacer las exigencias del entendimiento y constante ahínco de la voluntad, las mas veces manifestados en los fuertes impulsos de un corazon bien dirigido por la educacion; y cuando llega á evidenciar que ni unas ni otras han de tener término, y que bien por el contrario son perdurables, entónces y solo entónces palpa el hombre su verdadera felicidad, porque solo entónces se persuade de que ha cesado la sujecion en que se hallaba, durante su vida, á la terrible alternativa del placer y del dolor, como á una ley universal, consecuencia del primer delito.

Por eso, examinando la naturaleza del hombre, nos convencemos de que solo tiene por fin á su mismo orígen, á Dios; porque solo en Dios se encuentran la verdad y el bien, tan puros como su esencia, tan grandes como su inmensidad y tan duraderos como la eternidad de su ser. Por eso, examinando la libertad del hombre, encontramos que, en último análisis, solo tiene por objeto á Dios, felicidad del hombre, y que á este le ha sido concedida para conseguir tal felicidad. Por eso el hombre es tanto mas libre, cuanto mas perfecto y feliz; y tanto mas feliz y perfecto, cuanto mas verdaderamente libre. Solo de esta manera puede entenderse la libertad: de otra, probaria que al hombre ha sido concedida la libertad para separarle del fin de su creacion, de lo que constituye su verdadera felicidad, en la acepcion propia de esta palabra, ó que seria tanto mas libre cuanto mas imperfecto, infeliz y desgraciado; cosas absurdas, ridículas y antireligiosas.

De lo espuesto resulta: primero, que pueden adquirirse y poseerse propiedades relativas á la verdad, al bien y á la felicidad del hombre: segundo, que puesto que en éste encontramos tres órdenes, el físico-el intelectual y el moral, en ellos pueden adquirirse, poseerse y go-

Digitized by Google

zarse propiedades relativa á la verdad, al bien y á la felicidad verdadera: tercero, que todas estas propiedades tienen para su adquisicion, posesion y goce, reglas y leyes á que sujetarse; y son, la moral y la ley natural: cuarto, que puesto que el hombre es criado en, por y para la sociedad, no cambia de naturaleza por vivir en ella, y por lo mismo en el órden social deben reconocerse normarse y garantizarse la adquisicion, la posesion y el goce de las propiedades físicas, intelectuales y morales: y quinto, que estas son las fuentes de las propiedades religiosas por lo relativo á creencias, costumbres y prácticas, ó mejor dicho, al dogma, á la moral y á la disciplina, en las que los gobiernos no pueden tener mas ingerencia que la de reconocer, respetar y garantir; de las propiedades científicas ó literarias, en cuyo desarrollo están directamente interesados los gobiernos por estarlo en la felicidad de sus pueblos, y para conseguir lo cual, bastaria que impartieran los mismos auxilios que á las anteriores y que dejaran lo demas al moralizado, prudente y sabio clero católico, único que puede hermanar y desarrollar las ciencias en sus relaciones con las creencias; de las propiedades relativas á la fama, honor, reputacion, honra y concepto; de las meramente políticas, y de las que miran al órden físico que comprende la vida del hombre en sus distintas ramificaciones, variados aspectos y diversas circunstancias, y la propiedad en su forma, producida por el trabajo personal ó por el derecho de la herencia.

Podriamos en confirmacion de lo dicho y para completar las ideas que hemos apuntado, aducir multitud de respetabilísimas autoridades antiguas y modernas; pero consultando á los estrechos límites del plan de esta obra, de cuyo objeto no podemos alejarnos, y á la estension que tiene ya este párrafo, nos conformarémos con citar algunas.

Ahrens, en su obra de la filosofía del derecho, dice: "El derecho positivo ha establecido sobre este objeto muchas distinciones que no puede admitir el derecho natural. Las leyes positivas reconocen como pudiendo ser poseidas por las personas físicas ó morales, algunas cosas que segun el derecho natural, deben quedar en el dominio comun.

Digitized by Google

"Esta cuestion debe mirarse bajo el punto de vista siguiente: Todas las cosas que no son susceptibles de ser perfeccionadas por la industria humana, que deben el estado que tienen, no al trabajo del hombre, sino á la naturaleza, no pueden poseerse en propiedad. Tales son los elementos, el aire, los mares y los rios. Notemos, sin embargo, que estas no son comunes sino en tanto que existen en su estado natural; modificadas por una persona vienen á ser su propiedad. Así, el agua de un rio que viene á llenar un canal, pertenece á aquel que le ha sacado de su curso natural."

El célebre Balmes, en su filosofía elemental, se espresa así: "Suponiendo que no hay todavia propiedad alguna, claro es que el título mas justo para su adquisicion, es el trabajo empleado en la produccion ó formacion de un objeto. Un árbol que está en la orilla del mar, en un país de salvajes, no es propiedad; pero si uno de ellos le derriba, le ahueca y hace de él una canoa para navegar ¿cabe título mas justo para que le pertenezca al salvaje marino la propiedad de su tosca nave? Este derecho se funda en la naturaleza misma de las cosas. El árbol ántes de ser trabajado no pertenecia á nadie; pero ahora no es el árbol propiamente dicho, sino un objeto nuevo; sobre la materia, que es la madera, está formada la canoa; y el valor que tiene para las necesidades de la negociacion, es efecto del trabajo del artista. Esta forma la espresion del trabajo; representa las fatigas, las privaciones, el sudor del que la ha construido: así, la propiedad, en este caso, es una especie de continuacion de la propiedad de las facultades empleadas en la construccion."

Thiers, en su tratado de la propiedad, dice: "Al nacer el hombre, está desnudo, privado de todo; pero tiene facultades repartidas con desigualdad entre los séres de su especie: hace uso de ellas, y en este uso llega á poseer lo que le faltaba, á dominar los elementos y casi la naturaleza. De consiguiente, el hombre tiene facultades para servirse de ellas, no para divertirse como se divierte el pájaro con sus alas, con su pico ó con su voz. El tiempo del ocio llegará despues: de esa voz hará un canto melodioso; de esos piés y de esas manos, los piés y las manos de un ágil bailarin; pero necesita traba-

Digitized by Google

jar durante largo tiempo ántes de llegar á esos ocios: necesita trabajar para existir. Hé ahí adonde conduce la observacion de su sér como la observacion del castor, del carnero y del leon, nos conduce á decir que el uno es animal carnívoro, el otro constructor y el otro herbívoro."

"Reasumiendo, continúa el autor: el hombre tiene una primera propiedad en su persona y sus facultades; tiene una segunda propiedad adherente á su sér; pero no ménos sagrada, en el producto de esas facultades que abrasa todo lo que se llama bienes de este mundo y que la sociedad se halla interesada en el mas alto grado en garantizar porque sin esa garantía no cabe trabajo, y sin trabajo no cabe civilizacion, ni siquiera lo necesario, sino la miseria, el latrocinio y la barbárie."

Las cosas, pues, que pueden adquirirse y poseerse en propiedad, ya físicas ya intelectuales y ya morales, son las relativas á la verdad, al bien y á la felicidad del hombre en los tres órdenes y en los que pueden y deben ejercerse sus facultades productivas. El medio principal con que pueden adquirirse, es el trabajo; mejor dicho, el ejercicio de dichas facultades; y por los efectos que produce la existencia y ejercicio de tales facultades, constituyen la propiedad y fundan el dominio.

PARRAFO VI.

¿En derecho natural pueden separarse los medios de adquirir del título sobre que se funda la propiedad?

"En derecho natural, dice Ahrens en su obra citada, no puede haber distincion entre el título de propiedad y los modos de adquirirla: cuando por modo de adquisicion se entiende las maneras legítimas y justas de adquirir, se confunde en derecho natural con el título ó el derecho.

"El hombre no tiene una propiedad y no adquiere una propiedad,

Digitized by Google

sino cuando sus necesidades, la necesidad de su desenvolvimiento en una ú otra direccion exigen la posesion como condicion de este desenvolvimiento y de la satisfaccion de las necesidades que resultan de él. Por consiguiente, los diferentes modos de adquirir establecidos por las leyes positivas, como, por ejemplo, la accesion, el aluvion, la especificacion, no constituyen por sí mismos un derecho, porque hemos visto que el derecho de propiedad no puede derivarse de ningun hecho personal, físico ó puramente intelectual del hombre. Así que, el aluvion, la accesion, la especificacion, no constituyen por sí mismos el derecho."

Tres cosas hemos visto forman la propiedad en su mas estenso sentido: las facultades productoras, ó bien la propiedad en su virtualidad ó fundamento, el ejercicio de estas facultades ó sea la propiedad en su forma productora, y los efectos del ejercicio de dichas facultades ó sea la propiedad efectiva en la existencia de las cosas que son nuestras. El título está en las facultades productoras; el modo de adquirir en su ejercicio; y tanto las facultades como su ejercicio se distinguen de los efectos de ambos, como una causa de los suyos.

Tambien en el derecho natural se distinguen dichas cosas; y por lo mismo es claro que se distinguen en él los títulos del modo de adquirir, y esto aun tomándose las espresiones en el sentido de Ahrens. Estos sí son los modos de adquirir fijados por los principios del derecho, cuya confusion con los títulos pretende Ahrens. Este dice que el hombre no tiene derecho ni adquiere una propiedad, sino cuando sus necesidades exigen la posesion de ella.

Esto es no ménos falso que la confusion de títulos y modo de adquirir.

Ahrens funda su aserto en que, segun él, los límites del derecho de propiedad en el hombre, son la satisfaccion de sus necesidades y que en estas está basada la propiedad por estarlo la propiedad y el derecho mismo. Mas ya en otro lugar probamos la falsedad de tales asertos, y tuvimos cuidado de hacer notar que el mismo autor sostiene lo contrario al sentar que el fundamento de la propiedad es

Digitized by Google

la naturaleza del hombre; agregando que esta es su mayor contradiccion. No insistimos, pues, mas en esta idea para evitar la superfluidad en que incurriríamos.

Oigamos ahora al incomparable Dr. Balmes en su obra citada. "La propiedad, tomada esta palabra en su acepcion mas general, es la pertenencia de un objeto á un sugeto, asegurado por la ley. Si esta ley es la natural, la propiedad es natural; si positiva, positiva. En el primer sentido podremos decir que el hombre es propietario de sus facultades intelectuales, morales y físicas, porque la ley natural le garantiza esta pertenencia, de suerte que infringe la ley quien le perturbe en el uso de ellas. Ya se entiende que aquí se habla de propiedad solo en cuanto se refiere á los demas hombres, pues que considerando al individuo con relacion á Dios, esta propiedad no es mas que un usufructo; y en esto hemos fundado una de las razones que prueban la inmoralidad del suicidio."

"La muchedumbre y variedad de las relaciones sociales, producen complicaciones difíciles en la adquisicion y conservacion de la propiedad; y la jurisprudencia halla un vasto campo donde esplayarse, combinando los principios de justicia y equidad con la conveniencia pública. Dejando la parte que no corresponda á la filosofía moral, nos limitarémos á fijar los principios generales que rigen en esta materia, empezando por examinar los cimientos en que estriba el derecho de propiedad."

"¿En qué se funda el derecho de propiedad? ¿Por qué unas cosas pertenecen á un individuo con esclusion de los demás? ¿Por qué no tienen todos derecho á todo?"

"En la actualidad es mas necesario que en otros tiempos, estudiar á fondo el principio del derecho de propiedad porque se halla vivamente combatido por escuelas disolventes, y amenazado por sectas audaces que *probablemente causarán profundas revoluciones en el porvenir de las sociedades modernas.*"

"¿El derecho de propiedad puede fundarse en el *solo trabajo individual* empleado para la adquisicion de un objeto? No: á un mismo tiempo nacen dos niños; el uno no tiene mas amparo que un

Digitized by Google

hospicio; el otro es dueño de inmensas riquezas; y no obstante, el segundo no ha podido trabajar mas que el primero: ambos acaban de ver la luz."

No podemos dejar desapercibido que no estamos de acuerdo en la solucion negativa que da el Sr. Balmes á esta cuestion. ¿El derecho de propiedad puede fundarse en el solo trabajo individual empleado para la adquisicion de un objeto? y léjos de estar de acuerdo, sostenemos que debe resolverse por la afirmativa. Para opinar así tenemos dos razones una que resulta de la respuesta á la siguiente pregunta: ¿el jóven cuyo amparo es el hospicio, ya que no adquiere propiedad alguna por herencia, *puede adquirirla por el solo trabajo indicidual* cuando sus facultades estén capaces de ser ejercidas y ya para satisfacer sus necesidades físicas, intelectuales y morales? ¿Sí? luego no es cierta ni buena la solucion dada por el Sr. Balmes, ¿No? luego las facultades productoras con que el hombre nace y que le sirven de medios para realizar los objetos de su vida y obtener y llegar al fin para que fué creado, no pueden ser ejercidas; ó siéndolo debe ser infructuoso su ejercicio; ó aun no sucediendo tal cosa, debe perder los efectos de aquel ejercicio, y esto tan solo porque al nacer no tuvo herencia alguna: lo que evidentemente es un absurdo.

La otra razon es emanada de esta cuestion: ¿Los padres del jóven dueño, al nacer, de inmensas riquezas las han formado ó adquirido todas y las han conservado por herencia, ó las propiedades mencionadas han sido tan solo en parte heredadas y en su resto adquiridas por el trabajo individual de dichos propietarios testadores, ó léjos de ser en algo ó en todo hereditarias son en su monto el fruto del ejercicio de las facultades productoras? ¿Son en todo ó en parte el resultado del trabajo individual? luego aun *este solo* bien puede ser el fundamento titular de la propiedad. Por otra parte. ¿Todos los propietarios del mundo lo son por sola herencia? Quede, pues sentado que el solo trabajo individual puede fundar el derecho de propiedad, así como lo puede tambien fundar la herencia.

Creemos que falta precision en la manera de plantear la cuestion; y por lo mismo, la propondremos en sus verdaderos términos para,

Digitized by Google

que pueda ser comprendida la doctrina de Balmes y la justicia de nuestro disentimiento, de la manera con que la espresa, espone ó asienta. Balmes pregunta; "*¿el solo trabajo individual puede fundar la propiedad?*" y hemos visto que sí. Nosotros preguntamos ahora conforme al verdadero pensamiento de Balmes: ¿solo en el trabajo individual puede fundarse el derecho de propiedad? Y á esta cuestion, así propuesta, aplicamos la solucion negativa y genérica de Balmes á la suya; y lo hacemos porque no solo por el trabajo, sino tambien por herencia, como sienta el autor, y por donacion, compra, cesion, prescripcion, &c., &c., podemos adquirir propiedades. En la idea estamos, pues, conformes con Balmes; y solo discrepamos en la manera de espresarla, y esto porque á nuestro ver y segun hemos demostrado, en la manera de espresarla está la diferencia de cuestiones.

"¿Puede, continúa dicho autor, acasofundarse el derecho de propiedad en las necesidades que se han de satisfacer? No. De lo contrario seria de derecho la distribucion de todo por partes iguales porque *en el órden natural* todos los hombres tienen *idénticas necesidades* y las diferencias que resultan solo serian relativas á las cualidades físicas de cada uno; por ejemplo el ser mas ó ménos comedor ó bebedor, el sentir mas ó ménos el calor ó el frio. En este supuesto no podrian entrar en consideracion las necesidades facticias porque en ellas la desigualdad resulta de la riqueza y por tanto de un hecho que en tal caso seria contrario al principio del supuesto derecho."

Si, como pretende Balmes, todos los hombres en el órden natural tenemos *idénticas* necesidades, ¿para qué admitir que hay diferencias físicas, como la de ser mas ó ménos comedor ó bebedor y sentir mas ó ménos el calor ó el frio? ¿ó estas necesidades no son naturales? Y si estas diferencias existen; ¿para qué sostener que el reparto de propiedades deba ser igual, supuesto que sean idénticas las necesidades naturales? "El trabajo *personal* (continúa) en la adquisicion, *esplica en algun modo* la propiedad en sus primeros pasos, pero no en su complicacion, tal como se presenta en las sociedades por

Digitized by Google

poco adelantadas que se hallen." Esto, que contradice á la solucion negativa dada por el mismo autor á la cuestion que propuso sobre si *el solo trabajo individual puede fundar la propiedad* convence de que su pensamiento fué mal espresado; y por lo mismo hace palpar la justicia con que refutamos la manera de espresar tal pensamiento; y que la cuestion debe ser la que nosotros propusimos y no la del mismo Balmes. "El salvaje que mata á una fiera es propietario de ella y el derecho á alimentarse de su carne y cubrirse con su piel, se funda en el trabajo que le ha costado el adquirirla. En un bosque de árboles frutales cada salvaje es propietario de lo que necesita para saciar el hambre, este derecho se funda en las mismas necesidades que ha de satisfacer y se aplica á una fruta especial por solo el trabajo de cogerla."

"Pero esta sencillez del derecho de propiedad dura muy poco, no se conserva ni entre las hordas errantes. El salvaje propietario de la piel de fiera, quiere trasmitirla á otro: aquí ya encontramos un título: el segundo ya no la posee por su trabajo, sino por donacion. El salvaje ántes de morir lega á sus hijos ó parientes las pieles que posee: aquí hallamos un título nuevo, la sucesion. Todavía en estos títulos vemos un objeto, la satisfaccion de las necesidades de los individuos á quienes se trasmite la propiedad; pero esta puede tener un aspecto nuevo; el dueño establece que desde la muerte de uno de sus sucesores posea el otro que él determina: aquí hallamos la propiedad limitada por el difunto, éste continúa en cierto modo dominándola, pues que arregla las trasmisiones sucesivas. Aun puede esforzarse mas la dificultad, el difunto no ha querido que nadie poseyese su propiedad, sino que se la conservase como un recuerdo de la habilidad y osadía del cazador: aquí continúa su dominio despues de su muerte, pues escluye la posibilidad de que otro se haga propietario."

"¿En qué se fundan estos derechos? ¿Por qué se han introducido en la sociedad? ¿Cuáles son las facultades del poder público para ampliarlos, restringirlos ó modificarlos? Hé aquí unas cuestiones que afectan profundamente á la organizacion social, y de que depende la mayor parte de la legislacion civil."

Digitized by Google

Procurarémos en el párrafo siguiente dar solucion á estas cuestiones.

"El derecho de propiedad no se comprende bien si no se abarca en todas sus relaciones: los puntos de vista incompletos conducen á resultados desastrosos. En pocas materias acarrea mas trascendentales errores un método esclusivo: este es un conjunto cuyas partes no se pueden separar sin que se destrocen. En el derecho de propiedad se combinan los eternos principios de la moral con las necesidades individuales, domésticas y públicas, y con miras económicas y tambien con el fin de evitar que la sociedad esté entregada á una turbacion continua."

PARRAFO VII.

¿Qué duracion debe tener la propiedad?

Hemos visto que las facultades productoras, su ejercicio ó aplicaciones y sus efectos, nos dan la idea de un título y aun este mismo, por el cual tenemos la facultad necesaria para usar y disponer de lo que como efecto de dichas facultades forman nuestra propiedad y sobre la que tenemos lo que se llama dominio. Ahora bien: tenemos esta facultad, y por eso si no hay disposicion en contra, esto es, ley reglamentaria del uso de nuestra propiedad, podemos legalmente enagenar lo nuestro por un contrato, donacion ó herencia. De esto se infiere lógica y legalmente que la facultad de testar, como lo hemos dicho en otra parte, no es emanada del derecho civil como pretenden Ahrens, Escriche, Sala, Febrero y otros, sino que es un acto propio del uso del dominio, y este emana del derecho natural como con bastante solidez sostienen los Sres. Balmes, Munguía, Thiers y otros muchos.

Para convencernos de esta verdad, bastará trascribir las doctrinas de los autores citados. Demos principio con la del Sr. Munguía:

"Esta cuestion, dice, debe limitarse á la siguiente: ¿La muerte

Digitized by Google

basta para poner término al derecho de propiedad? ó de otro modo ¿tiene el hombre por la naturaleza derecho de disponer de sus cosas para despues de la muerte? De pronto harémos una sencilla reflexion; el dominio importa la facultad de disponer. En esta facultad caben todas las modificaciones y condiciones que cada uno quiera poner á la traslacion de su dominio. Luego cualquiera condicion queda legitimada en sus efectos desde el momento en que se establece, y los debe surtir desde que se cumple.

"Podria objetarse por los enemigos de esta doctrina, que nadie puede disponer para cuando le es imposible hacerlo, y que esto sucede con los que testan. Mas esta dificultad no existe, como lo dice el Sr. Goyena en el tomo 2º título 1º, capítulo 2º de sus Concordancias de los Códigos, y si hubiera el candor de presentarla, quedaria desvanecida con solo reflexionar que cuando se testa es en vida; y que el que dispone algo para despues de su muerte, hace lo mismo que haria para un tiempo definido ó indefinido creyendo que llegaria durante su vida. ¿Y qué sucede, se dirá, en la herencia *ab intestato*? Esto: el derecho civil, en materias de propiedad, no cria sino que reconoce, garantiza y reglamentá su adquisicion, conservacion y uso, segun hemos probado. Pues bien, cuando ha faltado la manifestacion de la voluntad del propietario, esto es, la disposicion testamentaria, el derecho civil consulta á la naturaleza, examina el corazon humano, estudia sus sentimientos, tendencias, pasiones, inclinaciones y sus distintas y aun diversas circunstancias; y en vista de todo, así como prescribe al propietario las máximas con que legalmente puede disponer de su propiedad en favor de otro, así para cuando al hombre le es imposible disponer personalmente de su propiedad ó por medio de apoderado, el derecho, atento lo dicho, dispone lo que debe hacerse con la propiedad del intestado suplendo de esta manera la voluntad de aquel."

Mas oigamos á Balmes: "El salvaje propietario de una piel de fiera quiere trasmitirla á otro: aquí ya encontramos un nuevo título: el segundo no posee la piel por trabajo suyo, sino por donacion. El salvaje ántes de morir lega á sus hijos ó parientes las pieles que posee: aquí hallamos un nuevo título, la sucesion. Todavía en estos

Digitized by Google

títulos vemos un objeto: la satisfaccion de las necesidades de los individuos á quienes se trasmite la propiedad, pero ésta puede tomar un aspecto nuevo: el dueño establece que desde la muerte de uno de sus sucesores posea el otro que él determine: aquí encontramos la propiedad limitada por el difunto: éste continúa en cierto modo dominándola; pues arregla las trasmisiones sucesivas. Aun puede esforzarse mas la dificultad: el difunto no ha querido que su propiedad sea poseida por alguno, sino que se la conserve como un recuerdo de la habilidad del cazador: aquí continúa su dominio despues de su muerte, pues que escluye la posibilidad de que otro se haga propietario. ¿En que se fundan estos derechos? ¿Por qué se han introducido en la sociedad? ¿Cuáles son sus límites? ¿Cuáles las facultades del poder público para emplearlos, restringirlos ó modificarlos? Hé aquí unas cuestiones que afectan profundamente á la organizacion de la sociedad, y de que pende la mayor parte de la legislacion civil." Pero estas cuestiones no son resueltas por el Dr. Balmes, que por el carácter y objeto de la obra en que las propone, se contentó con plantearlas.

Para cumplir lo que ofrecimos á este propósito en el párrafo anterior, sin que se perdiera una sola de las ideas emitidas por el Dr. Balmes, hemos vuelto á trascribir el párrafo precedente.

En la naturaleza del hombre se encuentran fundados los derechos relativos á la facultad de testar y en las leyes civiles los modos de hacer constar la voluntad del testador. Solucion á la primera cuestion propuesta por el Sr. Balmes.

Estos derechos se han introducido en la sociedad, porque son naturales al hombre y éste no cambia de naturaleza por estar en la sociedad para que ha nacido: y por ambos motivos la ley civil no ha podido ménos que, reconocido el orígen y fundamento de la propiedad y el de la facultad de testar, reglamentar la manera de tenerse por manifestada la voluntad del propietario. Solucion á la segunda de las cuestiones propuestas.

Las facultades del poder público en materias de propiedad y de la facultad de testar ó hacer constar la voluntad del propietario res-

Digitized by Google

pecto de ella, supuesto lo hasta aquí probado, quedan reducidas, y así lo hemos dicho en otra parte, á reconocer, reglamentar y garantizar tales derechos. Solucion á la tercera cuestion del Sr. Balmes:

En cuanto á los límites de estos derechos, creemos suficiente lo que espusimos al refutar las doctrinas de M. Ahrens en el párrafo 3º de este capítulo, y por lo mismo á ello nos remitimos para resolver la última cuestion de las propuestas por el Sr. Balmes.

Heineccio en sus Recitaciones del Derecho, se espresa así: "Vamos á tratar del dominio como primer derecho *in re* del cual se pregunta: ¿qué es dominio y de cuantas maneras? ¿de cuántos modos se considera? No es difícil responder á la pregunta: ¿qué es dominio? Es un *derecho in re*, pues el señor de una cosa de tal manera la tiene ligada á él, que puede reclamarla de cualquier poseedor aunque no haya negociado con él. Decimos que es derecho en una cosa corporal, porque las incorporales están en nuestros bienes, pero no en nuestro dominio. Y así, si reclamamos el derecho que á ellas tenemos no usamos de la *rei-vindicacion* que pertenece solamente á las cosas corporales, sino de la accion *confesoria ó negatoria*. Añadimos: del cual nace la facultad de disponer de ella y vindicarla. Ciertamente que el señor tiene la libre disposicion de sus cosas pudiendo usar de ellas con esclusion de otro; enagenarlas y trasladarlas á otro entre vivos y por causa de muerte y abusar de ellas y consumirlas.... Estos son los verdaderos efectos del dominio. Pero en nuestra definicion se añade la limitacion, á no ser que lo impida la ley, el convenio ó la voluntad del testador por cuyos medios fácilmente puede restringirse el dominio. Por la ley se prohibe vindicar las cosas que han sido prescritas: por el convenio no se permite á los vasallos enagenar el fundo sin avisar al señor, no obstante que tambien en él tienen dominio: por la última voluntad del testador, se impide la enagenacion del fideicomiso al que es señor fiduciario.

Por el párrafo anterior se viene en conocimiento de que Heineccio conviene (no podia ménos tan sábio jurisconsulto) en que el derecho de testar tiene por fundamento á la naturaleza del hombre, y que en su ejercicio se confunde con el dominio, con la propiedad.

Digitized by Google

Sin embargo de lo hasta aquí espuesto y demostrado, hay varios autores que pretenden que el derecho de testar y el de propiedad no tienen por orígen al natural sino al civil, y que éste tambien forma su base ó fundamento. Citarémos las doctrinas de algunos para refutarlas como unas objeciones de lo que hemos dicho.

Escriche en su Diccionario de Legislacion, palabras propiedad, dominio y posesion, dice: "La propiedad es obra del derecho civil. Antes del establecimiento de las leyes, el hombre no tenia sobre las cosas que ocupaba mas derecho que el de la fuerza con que las defendia y conservaba; hasta que un rival mas fuerte le privaba de ellas; de suerte que las cosas se adquirian por la ocupacion, se conservaban por la posesion, y se perdian por la pérdida de la posesion."

Es falso que la propiedad sea obra del derecho civil. En el estudio de la naturaleza ó sea del hombre, encontrarémos como medios para llegar á su fin, las facultades productoras ó sea la propiedad en su virtualidad ó fundamento: entre las necesidades actuales del hombre encontrarémos en primer término la del ejercicio de tales facultades, ó sea la propiedad en su forma productora que es el trabajo; y como consecuencia de la existencia y ejercicio de tales facultades nos encontramos cara á cara con la propiedad en su forma producida: todo independientemente y á pesar del derecho civil. Es por lo mismo falso el resto de semejante y absurda doctrina.

El mismo autor en la palabra "facultad de testar" nos dice: "que el derecho de testar no viene de la naturaleza" y se apoya en la opinion de Antonio Gomez en su glosa á la ley 3 de Toro; "pues en derecho natural, continúa, el hombre muere y sus bienes quedan vacantes, y se apodera de ellos el primero que quiere ocuparlos."

Segun esta doctrina, el hombre en tanto, tiene facultad de manifestar su voluntad, en cuanto que le es concedida por el derecho civil; y sin embargo, vimos que á pesar de tal derecho, el hombre puede mostrar su voluntad,

Ahrens, consecuente con sus doctrinas y opiniones, dice: "Como el derecho de propiedad, se funda sobre un derecho personal del hombre, y no es mas que una derivacion de él, debe estar con el

Digitized by Google

mismo derecho que le da vida. La propiedad, pues, considerada como principio, es enteramente personal; y como no es mas que un medio material de proveer á las necesidades de la vida, debe cambiar con su fin, es decir, con las necesidades para cuya satisfaccion existe. Las leyes positivas, bajo este punto están en desacuerdo con el derecho natural, por motivos que tienen su justificacion en el estado de la sociedad. Estas leyes no reconocen la propiedad como un derecho limitado: no admiten que cesen la propiedad con las necesidades para cuya satisfaccion existe; y no establecen la proporcion debida, entre la propiedad y las necesidades." Nada diremos sobre esta doctrina por haberla refutado en su lugar oportuno, y no querer ser prolijos ó incurrir en repeticiones.

D. Eugenio de Tapia en su Febrero Novísimo, al hablar del dominio nos dice que: "uno se adquiere por derecho de gentes y otro por el civil:" supone que los primeros modos de adquirir "son la ocupacion, la invencion ó hallazgo, la accesion ó agregacion y la tradicion ó entrega; y que los modos civiles de adquirir, son la prescripcion, la herencia, la donacion y demas contratos por los que nos hacemos dueños de las cosas agenas." En su lugar vimos estas doctrinas refutadas por Mr. Ahrens al fijar los modos de adquirir la propiedad, y esto basta á nuestro objeto.

Deben consultarse igualmente sobre este punto, á Sala, Serna, Montalván, Gorozavel y demas civilistas, ya para tener mejores conocimientos sobre sus doctrinas, ya para afirmar mejor las que se adquieran sobre la materia en cuestion, y ya para persuadirse á la evidencia, de que en esto como en todas las cosas humanas existe la torre de Babel; con la diferencia empero de que en ésta el orgullo produjo la confusion, y los confundidos se sujetaron mansa y humildemente, como las ondas del mar, á la vista del obstáculo insuperable que le resiste y domina, sin embargo de la furia y fuerza de sus choques; miéntras de que en nuestro caso, esa misma confusion aumenta el orgullo de los confundidos, y no satisfechos de su ignorancia, insisten en su error.

Sin embargo de tal persuasion, hemos trascrito las anteriores doc-

Digitized by Google

trinas porque las unas sirven para que brille con toda su pureza la luz, patentice sus atractivos la verdad y su seductora hermosura la bondad de las otras.

De lo hasta aquí dicho, debemos inferir sin temor de equivocarnos: que el orígen y fundamento del derecho de testar, de la propiedad y del dominio, es la naturaleza humana, sus reglas, garantías y normas, la ley natural; y su objeto y fin, los del hombre en cierto sentido.

Tambien debemos inferir, que el derecho civil en esta, como en todas materias, no debe ser otra cosa que la fiel aplicacion del natural; y que por lo mismo no cria, sino encuentra, reconoce, aplica, norma y garantiza la facultad de testar, la de adquirir propiedades, la de usar de su dominio, y en una palabra, y tratándose para el fin de la mansion del hombre sobre la tierra, la de hacer lo que quiere el hombre respecto de su propiedad. ¿Y cómo consigue el derecho civil lo espuesto? Fijando reglas conformes con la naturaleza, sentimientos, tendencias, inclinaciones, miras y pasiones del hombre. ¿Cuáles son estas reglas? Su esposicion es materia de la siguiente parte.

FIN DE LA PRIMERA PARTE.

Digitized by Google

SEGUNDA PARTE.

Del modo de conseguir ó realizar civilmente el objeto del derecho de testar, ó sea exámen de los testamentos y sus solemnidades; estudio de los derechos naturales y civiles de los testadores, y los herederos; y por lo mismo de lo relativo á las herencias, mejoras y desheredacion.

Sabido el orígen y fundaemnto del derecho de testar, es indispensable, conforme á la filosofía del método, que estudiemos las cuestiones siguientes para ponernos al tanto de cómo debe realizarse conforme al derecho civil el objeto del de testar. ¿Qué debe entenderse por testamento y cuántas son sus especies? ¿Cuáles los requisitos legales indispensables para la validez de los testamentos¿ ¿Quiénes pueden otorgar testamento? ¿A favor de qué personas, ó mas bien quiénes deben heredar? ¿De qué cosas puede disponerse en el testamento? Hablarémos de las mejoras, y de la desheredacion tratando todas estas cuestiones en otros tantos capítulos.

Digitized by Google

CAPITULO PRIMERO.

Lo que debe entenderse por testamento, y cuantas son sus especies.

A dos fuentes debemos ocurrir para saber qué se debe entender por testamento y cuántas y cuáles son sus especies, á saber: á la ley y á los autores. Ambos consultarémos en los dos siguientes párrafos y en el tercero espondrémos nuestra opinion.

PARRAFO I.

El testamento definido y sus especies fijadas por la ley.

La ley 1ª título 1º de la Partida 6ª dice que: *testatio, et mens*, son dos palabras de latin, que quiere tanto decir en romance, como testimonio de la voluntad del ome."

Esta misma definicion se encuentra supuesta é indicada en las leyes 1ª y 2ª del título 18 libro 10 de la Nov. Recop. Mas esta definicion es puramente etimológica y lo convence la citada 1ª ley de Partida en estas palabras: "é destas palabras fué tomado el nome del testamento. Ca en el se encierra, e se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo faze." Tal definicion deja su lugar á la significativa.

La misma ley 1º título 10 de la Partida 6ª, y la 2ª título 18 libro 10 de la Nov. Recop., distinguen dos clases ó especies de testamentos, á saber: "la vna es, á que llaman en latin, *testamentum nuncupatiuum*, que quier tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze, por

Digitized by Google

palabra ó por escrito, á quales establese por sus herederos, e como ordena, o departe lo que es suyo. Laotra es á que dizen en latin *testamentum in scriptis*, que quier tanto dezir, como manda que se faze por escrito, non de otra guisa."

PARRAFO II.

El testamento definido y sus especies fijadas por los autores.

Escriche define el testamento diciendo: que es "la declaracion legal que uno hace de su voluntad, disponiendo de sus bienes para despues de su muerte." Y apoya su definicion en la ley de Partida ántes citada. La misma definicion y con igual fundamento dan Febrero, Alvarez, Heineccio, Carpio, Serna y Montalvan, diciendo, que: "testamento es un acto solemne, revocable, en el que se dispone de los bienes para despues de la muerte." Murillo dice: que, "testamento es la legítima determinacion de nuestra voluntad, por cuyo medio disponemos para despues de nuestra muerte, de nuestros intereses, derechos y acciones con institucion directa de heredero." Ulpiano le define. "Testamentum est mentis nostræ justa contestatio in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat." Vinnio anotado, la define: "Testamentum est suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus post mortem nostram habeamus hæredem."

Todos estos autores dividen los testamentos en nuncupativos ó abiertos, y escritos ó cerrados, de acuerdo con las leyes ántes mencionadas.

CONCORDANCIAS.

El artículo 555 del Código español: el 895 del francés: el 696 del sardo; el 815 del napolitano: el 922 holandés: el 558 del de Vaud; y el 1445 de la Luisiana, definen el testamento diciendo: "que es

Digitized by Google

un acto solemne y esencialmente revocable, porque dispone el hombre del todo ó parte de sus bienes para despues de su muerte en favor de una ó mas personas."

En cuanto á las clases de testamentos, los mas de los citados códigos están conformes con el español en su artículo 563 que dice: "el testamento es comun ó especial."

"El comun puede ser ológrafo, abierto ó cerrado."

PARRAFO III.

El testamento definido y sus especies fijadas por el autor.

A la legítima determinacion de nuestra voluntad por cuyo medio disponemos de nuestros intereses, derechos y acciones para despues de nuestra muerte, llamamos testamento. No opinamos con Murillo que sea necesario agregar á la definicion estas palabras: "con institucion directa de heredero," porque este requisito solo exigido por el Derecho romano y el de las Partidas, está derogado por la ley 1ª tít. 18 libro 10 de la Nov. Recopilacion en estas terminantes palabras: "Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, *aunque el testador no haya hecho heredero á alguno*, y entónces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento; y cúmplase el testamento."

En cuanto á las especies de testamentos, decimos: que ó éstos van de acuerdo con las disposiciones comunes del derecho, ó no: si lo primero, son solemnes: si lo segundo, privilegiados; y en una ú otra especie, la manifestacion que se haga por el testador de su voluntad para despues de su muerte, será, ó en pliego cerrado, ó manifestado ante el escribano y testigos ó ante estos solos, no ya en general, como en los testamentos cerrados, diciendo que tal pliego contiene su disposicion testamentaria, sino que la manifestará con

Digitized by Google

toda minuciosidad; y en consecuencia los testamentos cerrados y los nuncupativos no son mas que una subdivision de los solemnes y privilegiados. Estos, segun los autores son tres: los militares, los *ad pias causas* y los de indios. Mas como verémos en el párrafo cuarto siguiente, solo los militares son verdaderamente privilegiados. Debiendo advertir que los cerrados nunca pueden ser privilegiados, porque para que tengan valor es indispensable que se sujeten á las reglas comunes como verémos en el párrafo citado.

CAPITULO SEGUNDO.

De los requisitos legales indispensables para la validez de los testamentos.

Conforme al derecho civil, son tres los indispensables requisitos que debe tener un testamento para que sea legal la manifestacion de la voluntad del testador hecha en él, á saber: unidad de contesto, presencia de testigos y papel del sello respectivo. De cada uno de ellos nos ocuparémos en los párrafos siguientes.

PARRAFO I.

Unidad de contesto.

Consiste, segun el párrafo 3.° de la ley 21, tít. 1.°, lib. 18 del Digest. y la ley 3.ª tít. 1.° de la Part. 6.ª, en que no se mezclen en el testamento actos diversos á su objeto como la celebracion de un contrato con cualquiera de los testigos ú otra

Digitized by Google

persona. Mas no por esto se crea que se falta á la unidad de contesto cuando por gravedad del testador ú otra urgente causa por parte del escribano ó de alguno de los testigos no puede en algun momento dejar de estar allí y continuar bien presto, como lo dice la misma ley, y lo sostiene Rodriguez Fonseca en el tom. 9 pág. 329 de su Digesto teórico práctico, esposicion al párrafo citado. Y aunque esta no distingue, nosotros creemos que esto se entiende respecto de los testamentos nuncupativos ó abiertos; mas no de los cerrados para cuya autorizacion bastan doce minutos, cuyo tiempo no perjudica ninguna causa por urgente que sea.

La unidad de contesto es estensiva aun á los testamentos privilegiados que no por eso dejan de serlo en los demas requisitos.

Hemos dicho que en los testamentos no puede manifestarse la voluntad del testador respecto de tales ó cuales contratos, por ser actos diversos al objeto del testamento; y lo hemos asegurado así, porque en éste solo va á manifestar el testador cuál es su voluntad respecto á la traslacion por herencia del dominio de sus propiedades, y no por compra-venta ú otro motivo; y ademas porque habiendo sido el orígen de los testamentos el peso público que ante el comicio calado se hacia de la familia y propiedades del testador para trasmitirlas á sus herederos, en estos actos no podian, conforme al Derecho romano, intercalarse otros distintos, pues de hacerlo habria resultado una confusion monstruosa.

PARRAFO II.

Presencia de testigos.

Esta es indispensable puesto que de su autorizacion y la del escribano que han sustituido entre nosotros á los comicios curiatos, á los centurios y á los calados; y de la de solo los testigos cuando no hay escribano, depende el crédito legal que se dé al testamento: como quiera que por una parte, es motivo suficiente para creer el tes-

Digitized by Google

timonio de ellos, por la presuncion que hay en su favor de que no han sido engañados, no han querido engañar, y aun cuando estos ú otras personas tal cosa hubieran pretendido no lo habrian logrado; y por otra, que aunque algunas veces el testimonio de varios hombres puede desecharse, esto no sucede comunmente ni con facilidad en los testamentos, donde mas que en ninguna parte se aplica el principio filosófico de "*non tam numeranda quam ponderanda sunt testimonia.*" Ademas, conocerémos que no fueron engañados, porque al testador interesa no engañarlos, puesto que en último análisis solo conseguiria engañarse á sí mismo, perjudicarse y perjudicar á sus herederos. Conocerémos que no quisieron engañar, porque ningun interes les impulsa á ello, porque está de por medio esa personificacion de la infalibilidad civil que llamamos escribano; y porque aun cuando así no fuese, para conseguir su objeto necesitarian cambiar las disposiciones del derecho, y esto les es imposible. Por eso creemos, y con razon, al testador, al escribano y á los testigos. Y para que el dicho de éstos tenga todo el valor necesario y léjos de producir la desconfianza engendre la certidumbre, las leyes han exigido el concurso de ciertos requisitos que á su tiempo fijarémos. Para lo cual examinarémos: ¿qué son testigos? ¿cuántas son sus especies? ¿cuáles sus atribuciones? ¿cuáles los requisitos indispensables para que su testimonio tenga valor legal ó fuerza probatoria? ¿Todos pueden ser testigos? ¿quién puede ser testigo en los instrumentos? ¿quiénes lo pueden ser en los testamentos? ¿cuántos deben intervenir en éstos?

He aquí lo que debemos saber para comprender la materia del presente párrafo.

PUNTO I.

¿Qué es testigo?

La persona legalmente capaz de hacer constar con su dicho la verdad ó falsedad de la existencia y circunstancias de una cosa, es lo que conforme al espíritu de la ley 1ª, tít. 16 de la Part. 3ª en-

Digitized by Google

tendemos por testigo. Los autores en este, como en casi todos los puntos de la materia de testamentos, dan distintas definiciones y discrepan demasiado los unos de los otros.

PUNTO II.

¿Cuántas son sus especies?

Los testigos pueden ser considerados como contemporáneos ó posteriores á la existencia de la cosa controvertida ó por controvertir. Los contemporáneos pueden ser presenciales ó auriculares. Los posteriores pueden ser históricos y tradicionales aurico-verbales.

Son testigos contemporáneos presenciales, aquellas personas ante quienes se verifica ó realiza el hecho ó la cosa de que se trata, y el testimonio de éstos es indispensable para que en derecho civil tenga valor el mismo hecho, y aun para que exista: á esta clase pertenecen los testigos instrumentales y algunos de los judiciales.

Los contemporáneos aurico-verbales, son aquellas personas que existieron ó existen coetáneos al hecho ó cosa que se ventila; pero que aunque no presenciaron, sí supieron su existencia por habérsela referido los que vieron su realizacion. A éstos pertenecen, entre otros, los testigos citados en juicio para certificar con su testimonio que tal hecho ó cosa es ó no pública, segun que la hayan ó no oido referir.

Son testigos históricos, posteriores al hecho de cuya existencia ó circunstancias se trata, aquellos que habiendo recorrido las páginas numerosas de la historia por mera curiosidad, ó quizá ávidos de gloria é instruccion, saben la verdad de lo que se trata y dan testimonio de ella y de hallarse revestida con este ó el otro carácter, rodeada de tales ó cuales circunstancias, calificada de este ó del otro modo y distinguida con tal ó cual color.

Por último, los testigos tradicionales aurico-verbales son aquellos

Digitized by Google

que, sin haber presenciado el hecho ó cosa de que se trata, ni vístolo siquiera en esos anales del corazon humano que llamamos historia, sin embargo lo conocen tal vez mejor que otro cualquiera, por haberlo oido referir á otras personas mas instruidas y fidedignas aún que el historiador, por ser las que lo habian presenciado, y por lo mismo las que estaban al tanto de circunstancias que aun permanecian ocultas y que daban, por decirlo así, el tono á la cosa ó hecho cuya verdad ó falsedad se discute.

Segun las clases de testigos, hechos que refieran, cosas á que se contraiga su testimonio, fundamentos que lo apoyen, &c., &c., son mas ó ménos dignas de crédito y fuertes las pruebas de sus dichos.

Tambien se conocen otras clases de testigos en el derecho civil; tales son las de testigos falsos, necesarios, singulares, adminiculativos, privilegiados, &c., &c.; pero como estas no son mas que maneras de considerar á los testigos para saber si pueden serlo, y sobre todo para valorizar sus dichos, no forman especies distintas de las que tenemos señaladas.

PUNTO III.

¿Cuáles son las atribuciones de los testigos?

Para mejor comprenderlas y no divagarnos en cosas de menor interés á nuestro objeto, solo examinarémos las de los testigos instrumentales y especialmente las de los testamentarios. Segun las leyes 111, 114 y 119 del tít. 18 de la Partida 3ª, es necesaria para la validez de los instrumentos ó escrituras la intervencion de los testigos, ya para confirmar sus dichos, ya el del escribano ó ya para que puedan otorgarse aquellos; tal sucede con los testigos de conocimiento de la persona otorgante ó aceptante ó la de las de sus representantes ó apoderados.

Cuatro son las atribuciones de los testigos instrumentales: pri-

Digitized by Google

mera, que vean y oigan á los otorgantes, aceptantes y testador en sus casos respectivos, segun la ley 21, tít. 1º, lib. 28 del Dig., pues así evitan toda clase de suplantacion de las personas, de los derechos y de los dichos ó sus circunstancias: segunda, que conforme al párrafo 9 de la ley 20 del lib. 28 del Dig. entiendan el contenido del instrumento que autorizan con su presencia, intervencion y firmas, pues de lo contrario se espondrán á ser testigos falsos ó á nulificar su testimonio é incapacitar aquello á que se refiera. Un testigo que ignorase el hecho ó sus principales circunstancias ¿qué valdria? y un testigo tal, que fuese á declarar bajo juramento, llegado el caso, ó tendria que perjurar, ser descubierto y castigado por su perjurio, ó que manifestar su ignorancia sobre la cosa ó hecho en cuestion; y entónces nulificaria su dicho y destruiria la prueba con que se contaba en la materia respectiva: tercera, que miéntras se verifica el otorgamiento y lectura del instrumento ó la autorizacion de él, segun el caso, estén todos presentes especialmente en los testamentos, segun el párrafo 8º de la ley 20, tít. 1º lib. 28 del Dig., pues deben cerciorarse de que la voluntad de las partes no ha variado en todo ni en parte; y caso contrario cómo, en qué y bajo qué nuevas condiciones; todo por las razones indicadas y conforme á la ley 21 párrafo 1º, tít. 1º, lib. 28 del Dig.; y cuarta, conforme á las leyes 1 y 2 del tít. 23 del lib. 10 de la Nov. Recop., firmar los testigos de conocimiento, pues como responden de la identidad de las personas, de su dicho depende el valor del instrumento; y para probar su dicho es necesaria la existencia innegable de sus firmas.

En la primera edicion, página 57, dijimos que á nuestro ver no solo los testigos de conocimiento deberian firmar, sino todos los que intervengan en los instrumentos; y dimos por razones que las leyes no lo prohibian: que lo no espresamente prohibido está permitido por la ley: que era mejor para las otorgantes que firmaran siempre los testigos, pues aseguraban mas la verdad, certeza y fuerza probatoria de los instrumentos: que lo era para los escribanos, pues así habia una prueba mas de la verdad de su dicho y evitaban el que pudiera argüirse de falso, civil ó criminalmente, su instrumento; y que

Digitized by Google

tambien lo era, porque de esta manera se evitaban ó procuraban evitar los cohechos y sobornos, y el que los testigos dijesen que no habian presenciado lo que se les suponia haber autorizado. Hoy agregamos, que además de lo dicho está en su favor la práctica, como lo hemos observado durante seis años del ejercicio diario de la escribanía y tres de la abogacía, y sobre todo que ya lo ha ordenado el artículo 700 de la ley de 29 de Noviembre de 1858 vigente en materia de procedimientos hasta el 25 de Diciembre último, dia en que triunfó el partido constitucional en esta ciudad.

Debemos advertir que de la segunda atribucion están exentos los testigos de un testamento cerrado, pues en éstos su intervencion no consiste en comprender su otorgamiento y contenido minucioso, sino en autorizar con su presencia y firma su signatura, y en comprender esto que es lo único que deben saber, ver y hacer, y por lo mismo lo que pueden certificar, y sobre lo único que tiene valor su testimonio. Así lo persuade lo espuesto y lo que dirémos al hablar de la manera de elevar á nuncupativo el testamento cerrado.

PUNTO IV.

¿Cuáles son los requisitos indispensables para que el testimonio de los testigos tenga valor legal ó fuerza probatoria?

Antes dijimos que el testimonio de los testigos no tanto tiene valor por el número de ellos, cuanto por la autoridad de su dicho, supuestos los requisitos de que hemos hablado. Tales testigos deben ser personas mayores de toda escepcion. ¿De qué serviria llamar por testigos á hombres que por su poca edad, comprension y desarrollo de sus facultades intelectuales y morales no fueran aptos, no ya para comprender, pero ni siquiera para recordar los hechos y sus circunstancias, cuando precisamente para el tiempo en que se contienda sobre esto es para el que se necesita su testimonio? De nada. Y por esto la ley tuvo razon en exigir tal circunstancia.

Digitized by Google

Siendo el testigo la persona fidedigna que declara sobre la verdad de un hecho, es claro, mas que la luz meridiana que ninguno es ménos digno de fé y crédito, que el hombre que no tiene probidad. Por esto la ley exige la probidad en el testigo, como segundo requisito para que tenga valor su testimonio.

El tercero es el conocimiento que deben tener los testigos ya de las personas, ya de las cosas y sus circunstancias, y ya de los hechos y sus anexos; y como sobre la conveniencia de esta cualidad, hemos hablado ántes, solo debemos decir que está fijada por la ley.

La imparcialidad es el cuarto de los requisitos indispensables para que el dicho de los testigos merezca fé y crédito. De otra manera, cuando ménos seria dudosa la verdad de lo que aseguran ser cierto, y si llegara el caso de que obraran bien al declarar alguna vez, esto solo serviria para confirmar la regla de que deben ser independientes, de lo que aquel sería una excepcion. Esplicados, como quedan, los requisitos que el derecho ha exijido, y con razon, para que el testimonio de los testigos no sea desechable, solo nos resta examinar en el punto siguiente, á quiénes considera la ley como faltos de algunos ó mas de ellos.

PUNTO V.

¿Todos pueden ser testigos?

No todos pueden serlo, pues á unos les está absoluta y á otros relativamente prohibido. Las leyes 8 y 9 título 16 de la Partida 3ª absolutamante prohiben el ser testigos: al falsario, porque es el antípoda del verídico; al loco por la falta de su razon; al envenenador ó causador de abortos, pues si es capaz de estos crímenes, con mas razon debe temerse lo sea del de falsedad; al homicida por idéntica razon; al casado mal versado, pues quien es capaz de dar tan pernicioso ejemplo á sus tiernos, inocentes y desgraciados hijos, enseñándoles á hollar los sagrados deberes de reciprocidad física y mo-

Digitized by Google

ral que tiene y tenga con la infortunada consorte, y de atacar y minar la sociedad civil en su basa ó fundamento, esto es, en el matrimonio; con mayor razon se le cree susceptible de faltar en cosas de menor trascendencia, como la de que pueda ocuparse un instrumento; al apóstata, pues quien tan directa y escandalosamente falta á sus deberes para con el Ser á quien debe su existencia, que es Dios, con mas facilidad infringe los que tiene para consigo, y para con los demas hombres; á los muy pobres y mal acompañados, pues que por su mendicidad estan espuestos, y aun son propensos, por lo aflictivo de sus circunstancias y apremiante de sus necesidades reales y facticias, á ser cohechados é inducidos á obrar mal, mediante el brillo del oro ó la ilusion de una seductora esperanza de alhagüeño porvenir: y tanto mas fácil es esto, cuanto que las promesas en este supuesto van acompañadas del ejemplo que es el mejor, aunque en estos casos el mas pernicioso modo de enseñar; y, por último, absolutamente es prohibido ser testigo al menor de catorce años en los negocios civiles, y de veinte en los criminales, pues les falta de ordinario la ciencia, la esperiencia y la independencia.

Tienen prohibicion respectiva para ser testigos, todos aquellos en quienes por cualquier fundado motivo pueda sospecharse parcialidad. Por esto las leyes desde la 14 hasta la 22 tít. 16 de la Partida 3ª, prohiben ser testigos á los amigos ó enemigos de los otorgantes, demandantes, demandados &c; pues pueden, guiados por una de esas pasiones, cuyo asiento es el corazon humano, inclinarse en pro ó en contra de los litigantes. Igualmente lo prohiben á los ascendientes y descendientes de los otorgantes, pues en éstos el cariño, la envidia, el interés, la aversion y aun el resentimiento pueden hacerlos obrar, á pretesto de "conforme con la sangre," en contra de sus verdaderos deberes: cosa que no sucede al tratarse de saber los parentescos y edades, pues en este caso, nadie como los mismos parientes saben lo de que se trata, y tienen el mayor cuidado en obrar sin interés para evitar tener como de la familia á quien no lo sea, ó en que no se desconozca á quien debe reconocerse.

Tampoco es permitido ser testigos á los hermanos que estan ba-

Digitized by Google

jo la patria potestad; en quienes el gefe de la familia y aun los demas hermanos podrian influir por el amor, por el cariño, la sumision, el respeto &c., para lo contrario de la realidad y del deber. Idéntica prohibicion tienen los criados ó domésticos, porque pueden ser impulsados á obrar de tal ó cual manera, por el soborno, el miedo, la esperanza, las ofertas, el cariño, la gratitud, el respeto, quizá el amor ó tal vez la enemistad, la antipatía, el odio, la venganza &c. &c.

PUNTO VI.

¿Quiénes pueden ser testigos en los instrumentos en general?

Manifestado como queda en el punto anterior, quiénes no pueden ser testigos por estarles absoluta ó respectivamente prohibido, es claro que las personas que no están comprendidas en lo allí espuesto, pueden serlo.

Las leyes 17 tít. 16 de la Partida 3ª, y 1ª y 9 del tít. 1º de la Partida 6ª dicen: que las mugeres pueden ser testigos en todos los negocios, ménos en disposiciones testamentarias ó de última voluntad; y sin embargo de esta concesion ó permision, por la debilidad de su sexo, por las consideraciones que en todo se las guarda y aun porque su razon está poco formada por el descuido ó empeño de los hombres en que no se las eduque con toda la cultura necesaria; y ademas porque aun muy bien educadas son séres que mas se guian, gobiernan, dirigen y resuelven á obrar por el corazon y por el sentimiento, que por el raciocinio; por todo esto, decimos, en la práctica y segun costumbre tan antigua como universal y prudente, no se las admite de testigos en los instrumentos, y aun en los juicios se procura evitar la necesidad de su testimonio. Quizá por esto la novela 48 del emperador Leon, prohibió á las mugeres ser testigos en los contratos porque *"muliebris sexus submissos morem, pudoremque adimit, atqueipsas ad invercundiam et procacitatem excercet."*

Digitized by Google

PUNTO VII.

¿Quiénes pueden ser testigos en los testamentos?

Los que ni absoluta ni respectivamente pueden, segun derecho, ser testigos en los instrumentos en general, ménos pueden serlo en testamentos cuya nulidad es de consecuencias mas funestas, trascendentales é irreparables. La no existencia del otorgante que esplique, aclare y haga entender su voluntad, está exigiendo como mayor garantía que los testigos no adolezcan de nulidad alguna en su testimonio, y que éste pueda ser tal que baste á cortar de raiz y aun á evitar los males consiguientes á su falta ó nulidad y hacer desparecer esos frecuentes motivos de division, discordias escandalosas y aun pasiones y acciones peores entre personas unidas por los hermosísimos vínculos de la naturaleza y aun por los simples, pero seductores lazos de la gratitud, y á los que solo separan ruines y mezquinos intereses.

Como el parentesco incluye cuando ménos sospechas de parcialidad, segun dicta la razon, aconseja la prudencia y dice la esperiencia fundadas en el conocimiento de la generalidad de los hombres, las leyes 14 título 16 Partida 3ª y 11 título 1º Partida 6ª, prohiben ser testigos testamentarios á los ascendientes y descendientes del instituido heredero en las disposiciones testamentarias en que lo fuere; á sus parientes hasta el cuarto grado inclusive. Pero la última de las dos citadas leyes permite á los legatarios ser testigos en los mismos testamentos segun Murillo—¿Porqué esta diferencia? ¿Acaso no hay, aunque en pequeño la misma parcialidad en el legatario que en el heredero? ¿en los parientes del uno que en los del otro? A estas dudas dá lugar la opinion del Murillo compendiado; y esto no es por otra cosa que por lo mal que lo ha sido, pues la obra grande nada dice.

Digitized by Google

En efecto, la ley 11 título 1º Partida 6ª se espresa así sobre este particular: "contienda nasciendo sobre el testamento, entre el heredero que era escrito en el, e los parientes del finado, que quisiessen desatar el testamento; entonce dezimos, que bien pueden testiguar aquellos a quien fuese algo mandado en el, si se acertaron y quando fue fecho. Esso mismo seria, si alguno destos a quien el finado dexasse algo en el testamento ouiesse contienda con los herederos, en razon de la cosa quel fuesse mandada en el:" y dá la ley por razon de esto, y para quitar dudas sobre la parcialidad de tales testigos, que "entonce podrian testiguar losotros que fuesse y escritos, sobre tal razon, pues que non tañe la contienda de tal cosa a ellos." Es decir, que no serian parciales. De esta manera opina Sigüenza en su tratado de cláusulas edic. de 1720, página 250 número 4; á cuya opinion nos adherimos por las razones espuestas y apoyados no solo en la ley de Partida citada, sino en la 20 título 1º libro 28 del Digest. de que es cópia. y en el espíritu y aun letra de la ley 10 tít. 20 libro 4 del Cod. no citadas por dicho autor.

CONCORDANCIAS.

Los artículos 589, 590 y 591 del código español prohiben ser testigos en los testamentos á los menores de catorce años, á los súbditos de otra nacion, á los inhabilitados por sentencia ejecutoriada por serlo en juicio ó en instrumento público, á los amanuenses del escribano que suscribe el testamento, á los ciegos, á los que no entienden el idioma del testador, á los totalmente sordos ó mudos, á los que no esten en su sano juicio, aunque pueden serlo en sus lúcidos intervalos, y á los que no tengan la calidad de domiciliados cuando la ley lo requiere espresamente; y para calificar la edad de los testigos quiere el último de los artículos citados que se atienda á la época en que fué hecho el testamento. En esto está conforme este código con la ley 22 párrafo 1º título 1º libro 28 del Digesto, y con el espíritu de las leyes 2, 3 y 13 título 5 libro 22 del

Digitized by Google

mismo. En cuanto á que como dice el artículo 590 del Código español, los ciegos no pueden ser testigos, hay conformidad de este artículo con la ley 9 título 23 libro 6 del Código, con el bávaro en su artículo 8 capítulo 3 libro 3, y con los artículos 591 y 592 del austriaco, que además escluyen de ser testigos á los que han hecho votos, á los menores de 18 años de ambos sexos, á los imbéciles y á los condenados por falsarios. El artículo 975 del Código francés, prohibe ser testigos en el testamento abierto á los legatarios, á sus parientes ó afines dentro del cuarto grado, y á los escribientes del escribano que lo autoriza, exigiendo además el 980 que los testigos sean mayores de edad. A este Código han seguido el napolitano en sus artículos del 901 al 906; el de Vaud en los del 653 al 656; el holandés en el 991; el de la Luisiana en el 1585; el prusiano en el 133 que, como la ley 3 título 5 libro 3 del Fuero Real prohibe legar algo á los testigos; y finalmente el sardo en su artículo 754 que adoptó el 980 del francés, escluyendo además á los practicantes del escribano, y no á los legatarios y afines de que habla el 975 del mismo Código francés, pero sí declara nulos el sardo en su artículo 800 la sustitucion y legados referidos.

PUNTO VIII.

¿Cuántos testigos deben intervenir en los testamentos cerrados y cuántos en los abiertos?

Dijimos que los testamentos solemnes pueden ser cerrados ó abiertos. Ahora debemos saber qué número de testigos debe intervenir en cada especie de ellos para su validez, ó sea para que conforme á la ley civil se pueda tener por bien manifestada la voluntad del testador.

Aunque no es de esencia en los testamentos nuncupativos y abiertos, que desde luego sean reducidos á escritura pública, las mas

Digitized by Google

veces se hace así para conservar con mayor solemnidad y autenticidad la voluntad del testador. Estos testamentos son válidos, siempre que conforme á la ley 1ª título 18 libro 10 de la Nov. Recop. que es la 1ª título 4 libro 5 de la R., y esplicatoria de la 2ª título 19 del ordenamiento de Alcalá, y 1ª y 2ª título 1º de la Partida 6ª sean otorgados de una de las maneras siguientes: Primera, ante escribano público y tres testigos vecinos del lugar donde se hiciere el testamento. Segunda, sin escribano pero siendo presentes á su otorgamiento cinco testigos vecinos del mismo lugar. Tercera, ante tres testigos de la misma vecindad cuando ni pudieren ser habidos mas, ni hubiere escribano en el lugar del otorgamiento. Y cuarta, ante siete testigos mayores de toda excepcion aun cuando no sean vecinos del lugar ni se otorgue el testamento ante escribano, aun habiéndolo allí. Sobre esta última manera de otorgar los testamentos abiertos debemos decir, que la ley 1ª título 18 del libro 10 de la Nov. se espresa así: "Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos ni pase ante escribano, teniendo las otras cualidades que el derecho requiere, valga el testamento." De aquí es que algunos autores, como Sigüenza en su Tratado de cláusulas, Antonio Gomez en la ley 3 de Toro que es la 2ª título 18, libro 10 de la Nov. N. 47 y Covarr. cap. *cum esset de test.* N. 2 dicen, fundados en la 1ª mencionada ley, que vale tal testamento "aunque no sea otorgado ante escribano," es decir háyalo ó no en el lugar; y otros como Serna y Montalvan en sus Elementos de derecho civil y penal de España dicen que tal testamento vale "aunque no haya escribano," sin duda será en el lugar del otorgamiento, é indican con esto que sucederá lo contrario habiéndolo.

La ley no distingue y por eso nosotros somos de los que opinamos como Sigüenza, Gomez y Covarrubias, que vale tal testamento, aun cuando haya sido otorgado sin intervencion del escribano y éste exista en el lugar del otorgamiento; pues lo que no está prohibido es permitido por la ley, y de otra manera ésta lo habria espresado.

En Aragon estos testamentos se hacen ante escribano y dos tes-

Digitized by Google

tigos, y cuando falta el escribano puede otorgarse ante el párroco y el mismo número de testigos segun se ve en la observ. 26 *de gén re privileg.* lib. VI.

En Cataluña deben estenderse ante escribano y dos testigos y formalizarse por aquel inmediatamente en su registro. Cuando no hubiere escribano pueden otorgarse ante los párrocos ó sus tenientes en sus respectivas parroquias ó ayudas; pero en todo caso deben ir en papel del sello respectivo, segun las reales cédulas de 29 de Noviembre de 1736 y 24 de Julio de 1755.

En Navarra deben otorgarse estos testamentos lo mismo que en Aragon y Cataluña; pero cuando tampoco se pudiere conseguir clérigo, han de asistir personalmente tres testigos convecinos del testador y que tengan los requisitos generales exigidos en toda España á los testigos. Cap. XX lib. III del Fuero, y ley 10 tít. 13 de la Nov. Recop. de Navarra. Y las personas heridas ó de otra manera amenazadas de muerte, no hallando testigos, pueden declarar su voluntad ante un clérigo de buena opinion y fama segun el cap. II tít. XX lib. III del citado Fuero.

En los testamentos cerrados segun la ley 2ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop. deben intervenir forzosamente siete testigos mayores de toda excepcion y firmar con el testador y escribano que ademas debe signar. Cuando el testador no supiere ó no pudiere firmar y algunos de los testigos tampoco supieren, lo harán por ellos los otros testigos, de modo que siempre aparezcan nueve firmas con la del escribano, dicen Sigüenza en el lugar citado y la misma ley. En los testamentos de los ciegos necesariamente deben intervenir cinco testigos y el escribano, segun la citada ley, y solo pueden otorgarlos abiertos, pues de otra manera no tendria objeto tal disposicion.

Si cualquiera de estos testamentos careciere del número de testigos referido, "mandamos que no hagan fé ni prueba en juicio ni fuera de él," dice la ley 2ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop.

Digitized by Google

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos del 565 al 568, manda que en el testamento abierto intervenga escribano y al ménos tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, y de los cuales siquiera uno sepa escribir: que para testar en lengua estranjera haya ademas dos intérpretes de ella para que se escriba el testamento en el idioma español y en el que se otorgue, y que el testador y los testigos firmen, á lo ménos uno de ellos: de todo lo que dará fé el escribano. El art. 971 del francés solo exige la presencia de dos testigos, si el testamento es hecho ante dos notarios, y la de cuatro cuando es recibido por un solo notario. El 898 del napolitano exige ademas las otras formalidades comunes á todo instrumento público. El 1,571 del de la Luisiana exige con el escribano tres testigos residentes en el lugar del otorgamiento, y cinco no residentes. Los artículos 895 del holandés y 649 del de Vaud, exigen un notario y dos testigos, y el 745 del sardo un notario y cuatro testigos. El art. 974 del francés exige las firmas de todos los testigos, ménos en las aldeas en que permite puedan firmar lo ménos la mitad del número de ellos. El art. 749 del Código sardo exige que por lo ménos firme la mitad del número de ellos, y que los que no saben hagan su señal. La misma variedad se encuentra en los demas códigos. Entre nosotros la única ley que ha exigido la firma de los testigos instrumentales ha sido la de 29 de Noviembre de 1858 en su artículo 700. En cuanto á que el testador firme, están conformes con la ley 1ª tít. 23 lib. 10 de la Nov., el art 978 del Código francés, el 899 del napolitano, el 986 del holandés y el 748 del sardo, ménos en que si el testador no supiere lo haga por él uno de los testigos, como lo manda nuestra previsora ley Rec.

Digitized by Google

PARRAFO III.

Papel del sello correspondiente.

Este es el tercer requisito exigido por el derecho para la solemnidad de los testamentos.

Sobre esto tenemos que atender á las herencias y á los herederos, cosas que distinguen nuestras leyes de papel sellado, que es distinto para las copias y el protocolo. Para éste siempre es del sello tercero, y mas cuando estuvo vigente el artículo 697 de la ley de 29 de Noviembre de 1858. Si los herederos no son ascendientes ni descendientes sino colaterales ó estraños, sea cual fuere la herencia por su cantidad y valor y sus productos anuales, se usará del sello primero en el primer pliego y del tercero en los intermedios de la copia. Si siendo los herederos legítimos ó forzosos la herencia fuere tal que reditúe anualmente de dos mil pesos arriba, se usarán los mismos sellos. Si la herencia redituare anualmente de quinientos á mil novecientos noventa y nueve pesos y los herederos fueren legítimos ó forzosos, el primer pliego será del sello segundo y del tercero los intermedios. Si los herederos fueren legítimos ó forzosos y la herencia redituare quinientos ó ménos pesos, la copia será estendida en papel del sello tercero. Todo conforme á la ley de 14 de Febrero de 1856 vigente sobre papel sellado.

CONCORDANCIAS.

Los artículos 564, 569, 570 y 571 del Código español para la validez del testamento ológrafo, del cerrado y del que se otorgue por uno que no pueda hablar y sí escribir, mandan que se haga en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento: que esté escrito y firmado todo por el testador, con espresion del lugar, año,

Digitized by Google

mes y dia en que se otorgue: que el testamento cerrrado esté firmado por el testador, bien sea escrito por él ó por su órden: que si no lo firmó, esprese la causa dando fé de ello el escribano: que esté en papel del sello respectivo, al ménos la cubierta: que esté cerrado y sellado, ó lo haga el testador al presentarlo: que lo entregue al escribano en presencia de los cinco testigos, de los cuales tres por lo ménos deben firmar: que el testador al hacer la entrega declare en presencia de los mismos escribano y testigos que el contenido de aquel pliego es su testamento: que el escribano dé fé de todo lo dicho y que firme al ménos un testigo por sí y por los demas, y aun por el mismo testador, si le hubiere sobrevenido algun impedimento, y que el testamento del que sepa escribir y no pueda hablar, esté escrito y firmado de su mano, con la fecha, lugar y demas: que al presentarse y entregarse firme el testador la parte superior de la cubierta, diciendo allí mismo que es su testamento; debiendo esto pasar en presencia del escribano y testigos, y que en seguida dé el escribano fé de lo anterior. En cuanto á los requisitos exigidos por el Código español para la validez del testamento ológrafo, están conformes con aquel los códigos siguientes: el francés en su artículo 970, el napolitano en el 895, el de la Luisiana en el 1,579, el de Vaud en el 618 y el holandés en el 979. En cuanto á las solemnidades indispensables para la validez del testamento cerrado fijadas por el Código español, y de que hemos hecho mérito, son las mismas prescritas en los artículos 976 y 977 del francés, 987 del holandés, 902 y 903 del napolitano, 750 y 751 del sardo, 1,577 y 1,578 del de la Luisiana y 647 del de Vaud que se diferencia de los anteriores en que solo admite los testamentos ológrafo y abierto. Por lo que hace al lleno de los requisitos, cuyo concurso quiere el Código español para que tenga valor y fuerza probatoria el testamento otorgado por una persona que sabiendo escribir no pueda hablar, es el mismo del artículo 979 del francés, del 755 del sardo, del 978 del holandés y del 900 del napolitano.

Todos estos códigos mandan: que el escribano que haya autorizado un testamento abierto ó la entrega de uno cerrado, deberá po-

Digitized by Google

nerlo en conocimiento de los interesados cuan pronto le sea posible desde que supo la muerte del testador; y con esto han seguido á las leyes 11 tít. 5 lib. 2 del Fuero Juzgo, 13 tít. 5 lib. 3 del Fuero Real y 5 tít. 18 lib. 10 de la Nov. La 13 del título y libro citados del Fuero Juzgo mandaba aun á los testigos que diesen noticia del testamento á los interesados en él, á mas tardar, dentro de seis meses contados desde la muerte del testador; y por lo mismo estaba en contradiccion con la 1ª párrafo 38 tít. 3 lib. 16 del Digesto que castigaba á los testigos porque publicaban el secreto del testamento. Como nuestro objeto al citar todos estos códigos no es el examinarlos á fondo, solo nos contentamos con indicar la contradiccion que hay en el español al exigir primero que firmen al ménos tres testigos en el testamento cerrado, y luego que al ménos uno de los que deben intervenir.

PARRAFO IV.

Testamentos privilegiados.

Despues de haber recorrido los requisitos indispensables para la validez de los testamentos solemnes, vamos á ocuparnos de los privilegiados.

Los testamentos privilegiados son aquellos en que dejan de observarse en materia de solemnidades, las disposiciones del derecho por concesion del mismo derecho. Los autores dicen que hay tres clases de testamentos privilegiados, á saber, el militar, el *ad-pias causas* y el de los indios. Mas sobre los dos últimos no existe ley que los escepcione de las tres solemnidades enunciadas; luego no son privilegiados, propiamente hablando. Que no existen las leyes que declaren como escepcionales ó privilegiados dichos testamentos, lo confirman las opiniones de los autores que citarémos en el curso de este párrafo.

Tres, dijimos, son las solemnidades y requisitos para el valor de

Digitized by Google

los testamentos: unidad de contesto, presencia del competente número de testigos y papel del respectivo sello. Vemos, y así lo hemos dicho en otra parte, que ni los testamentos verdaderamente privilegiados, esto es, los militares, se esceptúan de la circunstancia primera, de la unidad de contesto. La segunda de las solemnidades es la presencia de testigos: y la tercera es el papel sellado. En los testamentos militares no se exigen éstas, porque lo azaroso de su carrera les imposibilita de testar con todas las solemnidades dichas. Por esto y otras razones conceden las leyes recopiladas y las ordenanzas del ejército á los que lo forman, el poder testar sin testigos ni papel sellado. Esto esplica, supuesta la anterior razon, por qué cuando los militares testan ante escribano deben hacerlo en toda forma de derecho, segun mandan las mismas ordenanzas y especialmente la ley 8ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Ademas como dicen Murillo y otros autores, parece que renuncian á su privilegio, aunque esta razon supuesto el orígen de la concesion que se hace á los militares y de que hemos hablado, no tiene fuerza lógica y sí es supérflua. El orígen de tal privilegio no puede ser otro, porque ó es la imposibilidad citada, ó el que la clase militar es privilegiada en todo; mas esto argüiria lo mismo para la eclesiástica, los indios, &c., &c., y ademas el militar no podria renunciar, como pretende Murillo, el privilegio concedido á su clase, no al individuo, y esto sin embargo es falso: Ordenanza del ejército, tratado 8º tít. 11 artículos 1, 2, 3 y 4 de testamentos, y leyes 7ª y 8ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop. Esta disposicion creemos debe existir aun hoy que no hay fueros pues no ha cesado la causa de su existencia, aunque sí la de que habla la última de las leyes recopiladas. La ley de 10 de Agosto de 1857 nada dice sobre esto, y por lo mismo conforme á su artículo 71 deben observarse las leyes ántes citadas, pues son las que estaban vigentes al tiempo de su publicacion.

Respecto á los testamentos *ad pias causas* y los de los indios no hay disposicion alguna legal sobre sus solemnidades, segun queda indicado; por esto Montenegro y Solórzano dicen, sin citar disposicion alguna, que en los testamentos de los indios bastan dos testi-

Digitized by Google

gos, hombres ó mugeres: y Gonzalez, Molina y otros están porque se haga estensivo al derecho civil en los testamentos *ad pias causas* la disposicion que se halla en el cap. 11 de las decretales: es decir, quieren que en estos testamentos pueda haber solo dos testigos, y estos sean hombres ó mujeres, á lo que con razon se oponen Mostazo en el cap. 5.° lib. 1.° de su obra *de causis piis* tom. 1.° y las leyes 9.ª tít. 1.° de la Part. 6.ª y el párrafo 6.° de la 20 tit. 1.° lib. 28 del Digest.. Mas tanto los primeros autores como los segundos al opinar de esta manera, se apoyan en la falta de leyes especiales, y de ahí infieren que son privilegiados y en consecuencia que no se necesitan los testigos que para los demas testamentos, ni que dichos testigos tengan los requisitos legales para serlo; y por esto creen puedan ser testigos los hombres y mugeres sean ó no mayores de edad.

Sin embargo, estas opiniones son falsas, porque sabemos muy bien que á falta de leyes especiales sobre alguna cosa, debe esta sujetarse á las generales. Y como en los casos que nos ocupan no hay leyes especiales, y las generales ordenan la presencia de tres testigos cuando ménos, y que éstos no sean menores de edad ni mujeres, son leyes prohibitivas, y en consecuencia obligatorias en todos sentidos, es claro, mas que la luz del dia, que estos testamentos no pueden, legalmente hablando, ser hechos sino con las solemnidades respectivas. No habiendo como no hay disposicion particular alguna sobre dichos testamentos, necesitando éstos leyes á qué sujetarse y siendo, como es principio de derecho y altamente filosófico, que á falta de leyes especiales sobre alguna cosa debe ésta sujetarse á las generales, es claro, clarísimo, repetimos, que dichos testamentos deben normarse en todo á las leyes generales de la materia. Por esto es cierto que no son testamentos privilegiados tan solo porque no tienen leyes particulares: y por último es cierto tambien que no es adoptable la opinion de los citados autores, así como es cierto que dichos testamentos deben estenderse conforme á las leyes generales de los testamentos.

Aun hay mas: Molina, Gonzalez y los que á falta de leyes especiales sobre los testamentos *ad pias causas* creen que deben obser-

Digitized by Google

varse las disposiciones canónicas que hay sobre ellos, se apoyan en un principio que no pueden ó no quieren aplicar con rectitud, y ademas olvidan dos cosas.

El principio en que tácitamente se apoyan y cuya recta aplicacion no hacen, es que estos testamentos necesitan leyes á que sujetarse, y como ven que no las tienen especiales, y olvidan que á falta de leyes particulares debe estarse á las generales, infieren con poquísima ó ninguna lógica que deben hacerse estensivas al fuero civil en este caso las disposiciones canónicas. Mas con este modo de raciocinar, en lugar de quitar la dificultad, la aumentan, pues incurren en la segunda de las cosas que olvidan, esto es, en querer hacer por sí y ante sí extensivas las disposiciones del derecho canónico al civil, lo que no puede ser. Para convencernos de esto es indispensable recordar que así como ni la sociedad civil, á pretesto de que falta alguna ley en la eclesiástica, puede hacer estensiva la que tenga, ni los individuos de ésta, los eclesiásticos, pedir y sostener que debe hacerse, tampoco la sociedad eclesiástica ni los individuos de la civil pueden ni deben sostener que porque falta en esta alguna ley y la hay en aquella, deba introducirse la de una en la otra. Esto seria traspasar los límites jurisdiccionales de cualquiera ó de ambas sociedades. Cuando se trate de este caso, lo que debe pedirse es, que se dé por quien corresponda una disposicion cual se necesita, ya sea semejante, igual ó como convenga, á la que sirve de modelo para lo que se desea; y supuesta la exigencia y carencia que haya, y cuando se presente el caso práctico sujetarlo á las leyes generales. Esto está apoyado y va conforme con los principios de régimen, conservacion y perfeccion de cada sociedad y los de su independencia y soberanía respectivas. Tambien está conforme con lo que prescriben las relaciones de ambas sociedades, sin usurparse y causarse motivos porque se rompan ó alteren.

Lo mismo decimos en cuanto á la tercera de las solemnidades, esto es en cuanto al papel sellado, pues los argumentos puestos sobre la presencia de testigos son estensivos á ésta.

Respecto á los testamentos militares, el artículo 4º del título 11

Digitized by Google

tratado 8º de la ordenanza dice: que, "será válida la disposicion del militar escrita en cualquier papel, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha, ménos cuando pudiere testar ante escribano:" y esto confirma lo que hemos dicho hace poco, al hablar sobre la segunda solemnidad. Con las respectivas diferencias deberémos decir lo mismo por lo que vé á los testamentos de los indios, especialmente teniendo como tenemos á la vista la ley 9 tít. 13 lib. 1 de la R. de Indias.

CONCORDANCIAS.

Los artículos del 572 al 588 del C digo español, se ocupan de marcar las solemnidades de los testamentos especiales, y entienden por éstos el que otorga una persona en peligro inminente por efecto de un ataque ó accidente repentino que la haga temer la muerte sin téstamento, y en este caso lo podrá otorgar ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, ó ante dos ó el escribano; pero éstos son ineficaces desde el momento en que el testador sale del riesgo, y lo mismo sucederá con una persona que se encuentre en una poblacion incomunicada por peste: con estos artículos que son el 572 y 573 del Código español, están conformes el 987 francés, el 913 napolitano y el 781 sardo. Los artículos 574 del Código español, 981, 982 y 983 del francés, 907, 908 y 909 del napolitano, 972, 973 y 995 del sardo, 993 del holandés, 1,590 del de la Luisiana, 4 cap. 4 lib. 3 del bávaro, 599 del austriaco y 177 y 183 tít. 12 parte 1ª del prusiano, tienen como testamento especial el de los militares, individuos empleados en el ejército, voluntarios de éste, rehenes y prisioneros; y como á tales los exime de los requisitos exigidos en los demas testamentos comunes. Tambien consideran como especiales estos códigos el testamento otorgado en alta mar. Así lo vemos del español en sus artículos del 578 al 584; del holandés en su artículo 994; del de la Luisiana en el 1,594; del francés en los del 988 al 997; del sardo en sus artículos del 782 al 791; del napolitano en los 915 y 917; y del de Vaud en el 659. Finalmente, los mismos códigos tienen por testamentos especiales los otorgados por los súbditos de sus respectivas naciones en países

Digitized by Google

estranjeros y conforme á las leyes de éstos; cuyos testamentos se declaran válidos en España por los artículos del 585 al 588 de su código, en Francia por el 999 del suyo, en la Luisiana por el 1,589, en Vaud por el 659, en Nápoles por el 925, en la Cerdeña por los 797, 798 y 799 y por el 1,000 holandés.

CAPITULO TERCERO.

De las personas capaces de otorgar testamento.

Hemos hasta aquí visto qué es propiedad, cuáles y cuántas son sus especies, qué es dominio y de cuántos modos se le considera; qué es testar, y cuál es el orígen de esta facultad; cómo se manifiesta para que en el fuero civil se tenga por válida tal manifestacion, ó qué es testamento, cuáles y cuántas sus especies y cuáles los requisitos para su existencia ó fuerza probatoria. Es, pues, llegado el caso de saber conforme al derecho civil quiénes pueden otorgar testamento. Esto no nos es difícil si recordamos lo que tenemos dicho, á saber: que el que tiene dominio puede otorgar testamento. Mas como puede abusarse del dominio mismo ó no usarse de él como se debe, se hace indispensable saber á quiénes se les prohibe ya absoluta, ya relativamente, usar por medio de la testamentifaccion de su facultad de testar. Y esto lo conseguirémos en los párrafos siguientes.

PARRAFO I.

¿Quiénes tienen prohibicion absoluta de testar?

La ley prohibe absolutamente hacer testamento á aquellas personas que no tienen la rectitud, criterio y aplomo necesarios para usar y disponer como deben de sus propiedades. Por eso, por las 13 ::

Digitized by Google

1º de la Part. 6ª, 19 tít. 1º lib. 28 del Dig. y 4 tít. 4º lib. 5º de la R., que es la 4 tít. 18 lib. 10 de la Nov. y 5 de Toro, no pueden testar los hombres menores de catorce años, ni las mujeres menores de doce; pues en unos y en otras supone la ley, y en lo general no se equivoca, que no está bien desarrollado su entendimiento, bien formada su voluntad, ni bien comprendido, sumiso y dirigido por la persuasion, la esperiencia y el conocimiento de la ley el uso de su libertad; pero pueden hacerlo los que pasen de esa edad, y aun cuando estén bajo el patrio poder, dicen las mismas leyes, ménos la romana en cuyo tiempo todo lo del hijo se tenia por del padre.

Igual prohibicion tienen por la misma ley los locos miéntras lo estén, y esto no porque les falta la edad, sino aun teniéndola, puesto que solo les ha servido para tener un largo sufrimiento, y para en este tiempo hacer padecer á los que los rodean. Hemos visto que tal prohibicion está basada en la falta de razon; ántes, pues, de perderla ó despues, si tiene lúcidos intervalos, es claro, y así lo dice la ley, que pueden testar, pues quitada la causa cesan los efectos.

La ley de Partida citada y su concordante romana que es el párrafo 4º de la ley 20 tít. 1º del Digesto, disponen: que cuando el demente tiene lúcidos intervalos, los interesados en que teste deben ocurrir al juez del lugar para que conceda la licencia respectiva para testar; y solo puede otorgarla cuando quede satisfecho por la declaracion del médico ó cirujano que al efecto asociado del escribano y testigos, ó de éstos y el mismo juez si no hubiere escribano, examinarán el estado del enfermo y con vista de él podrán decir si puede ó no otorgar su disposicion testamentaria, todo lo cual se hará constar por el escribano y en su caso por el juez receptor; y cerciorado el juez de la verdad de lo dicho y lo hecho y de que el testador concluyó durante el intervalo lúcido su disposicion, debe declararla válida y tenerse por buena para todos los efectos legales.

De la misma manera y por la misma ley está prohibido testar á los pródigos, á quienes judicialmente se hubiere quitado la administracion de sus bienes; pues si no se tienen amor á sí mismos conservando los medios de su existencia propia, ni á sus familias á quienes

Digitized by Google

privan aun de los recursos necesarios á la vida, es seguro que continuando en el desbordamiento de sus pasiones, en la divagacion de sus sentimientos, en la embotacion de su vida, y, en una palabra, en el tortuoso sendero de su disipacion y quizá relajacion, no obrarán de acuerdo con el amor, la naturaleza y la ley, y que si algunos bienes conservan aún, los despilfarrarán y derrocharán, dejando en la miseria, en la mendicidad tal vez y espuestas á la prostitucion á sus familias, cuando de otra manera pueden ser mil veces mas útiles á sí mismos, á la sociedad doméstica, á la civil, á la política y á la religiosa á que pertenecen.

Y no se diga que la ley obra mal al intervenir en los bienes de los pródigos; porque la ley para serlo debe proteger al huérfano y sostener y apoyar la justicia que es la razon de su existencia y legitimidad; por lo mismo no debe, sino para impedir el mal ejemplo tan pernicioso á la sociedad y que el inocente se perjudique con la conducta del culpable, mandar que se intervenga judicialmente la persona y bienes del pródigo. Ademas hace esto por la facultad y obligacion que tiene de dirigir, reglamentar, perfeccionar y garantir la propiedad y su uso. Tambien puede decirse que la ley se los prohibe por imponerles una justa pena á su culpa, ya que no dejaron de hollar sus deberes por amor al bien, á la virtud y aun á la conveniencia propia. Esta prohibicion se entiende relativamente á la administracion y á la testamentifaccion.

Mas cuando el pródigo intervenido, arrepentido de sus locuras cierra con su enmienda el hondo abismo á que lo habia precipitado ó en que lo iba á hundir su desordenada conducta ¿puede hacer testamento? ¿y ha podido hacerlo ántes de su intervencion judicial? En uno y otro caso opinan los mas célebres autores que pueden legalmente hacer testamento los pródigos, y á la verdad que tienen razon para opinar así, aunque muchos no la esponen.

A los pródigos ántes de ser intervenidos judicialmente, no les está prohibida la administracion y disposicion de sus bienes, y por lo mismo pueden testarlos así como administrarlos; porque aun no se les llega la hora de la intervencion judicial, y por esto lo dispuso así

Digitized by Google

la ley 18 tít. 1º lib. 28 del Digesto y la ley 13 tít. 1º de la Partida 6ª Cuando cesa, porque se ha corregido en su conducta de dilapidacion, se le ha levantado la intervencion judicial no solo por ser ya innecesaria sino ofensiva á la libertad del propietario, y por estar conseguido el objeto de la ley, para alcanzar el cual, ha sido intervenido, que es el evitar el despilfarro y pérdida de los bienes del pródigo, su perjuicio personal, el de su familia y el de la sociedad á que pertenece; y como esta era la causa para que no pudiera administrar ni disponer de su fortuna, y segun va dicho ha terminado, y así se le ha hecho saber judicialmente, es evidente que legalmente puede testar despues de haber cesado la intervencion, como lo ha podido hacer ántes de haberla sufrido. Cuando no existe una causa no se conocen sus efectos; y cuando habiendo existido deja de existir, tambien desaparecen aquellos. Cuando, pues, no ha existido la causa de la prohibicion de testar hecha á los pródigos porque no han sido intervenidos judicialmente, ó aunque haya existido; ha desaparecido por su posterior buena conducta, han cesado ó no han existido los efectos que con la prohibicion relativa para testar habian de ser ó sido determinados á la existencia. Repetimos que los pródigos en ambos casos pueden testar, pues de unos no se ha sabido judicialmente que sean pródigos, y de los otros judicialmente se ha sabido que han dejado de serlo. Así lo dice y ordena la ley 13, tít. 1º Partida 6ª

A los sordo-mudos está igualmente prohibido hacer testamento; pues siendo éste la espresion legal y solemne de la voluntad del testador, cuando se carece de un idioma claro, preciso é inteligible, como lo es el comun ó usual, y solo se tiene el de las señas, en que puede haber equivocacion en el que las usa y mas en el que las interpreta, se espondria demasiado la verdad de un acto tan importante, y podria ademas no ser la manifestacion de la voluntad del testador, sino la demostracion de lo que se entendiera haber querido ser dicha voluntad, de que resultaria que no habia habido tal testamento. Esta prohibicion, conforme á la ley 13 tít. 1º Partida 6ª no es estensiva á los sordo-mudos por enfermedad, pues en éstos no hay la razon que en aquellos, cual es la carencia de medios seguros de co-

Digitized by Google

municacion, porque pueden tener el de la escritura; y si esta ventaja tuvieren á su favor los de nacimiento tambien pueden testar segun dicha ley y Sigüenza en su tratado de cláusulas lib 2º cap. 1º párrafo 9 que debe leerse.

Como en nuestro país no hay esclavitud, ni á los condenados á muerte está prohibida la facultad de testar por nuestra legislacion, no nos ocuparémos ni de unos ni de otros; pues los bienes de éstos no pueden ser confiscados conforme al artículo 475 de la ley de 29 de Noviembre de 1858 y á la constitucion de 1857, que era el caso en que les prohibia testar la ley 4ª de Toro, ó 3ª tít. 4º lib. 5º de la R., ó sea la 3ª tit. 18 lib. 10 de la Nov. y la ley 15 tít. 1º Part. 6ª

CONCORDANCIAS.

Por el artículo 600 del Código español pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, que al hacerlo gocen de su cabal juicio: y los locos ó dementes que tengan lúcidos intervalos, tambien pueden disponer durante ellos. El Código francés en su artículo 904 no permite testar al menor de diez y seis años y al mayor de esta edad pero menor de la que lo hace *sui juris*, de mas que de la mitad de sus bienes disponibles. El artículo 820 del napolitano, el 701 del sardo y el 1464 del de la Luisiana, exigen en el testador la misma edad que el francés; pero no le ponen la limitacion que éste para disponer solo de la mitad de sus bienes en el caso referido. El 562 del de Vaud solo permite testar á la edad de 17 años; el 944 del holandés y el 569 del austriaco á la de 18 años; pero ninguno de estos tres últimos códigos pone limitacion á los bienes de que puede disponer el testador. El prusiano en sus artículos 17, 18 y 19 tít. 12 part. 1ª es igual al austriaco; mas ambos conceden al mayor de catorce y menor de diez y ocho años, testar de viva voz ante el tribunal.

Digitized by Google

PARRAFO II.

¿Quiénes tienen prohibicion respectiva de testar?

No se permite á los religiosos por razon de sus votos, hacer testamento, si no es que tuvieren la respectiva licencia de sus prelados ó superiores, porque entónces la razon de la prohibicion, que es el voto de pobreza, cesa, pues que se los dispensa la competente autoridad, ya para recibir, ya para dispensar los votos. Por lo mismo, como el Estado tiene necesidad por sus relaciones esenciales con la Iglesia, de proteger á ésta en sus disposiciones, debe hacerlo en los dos casos citados. Hoy no tienen lugar estas doctrinas, pues por las leyes de reforma han desaparecido los religiosos. De la misma manera está prohibido á los ciegos hacer testamento cerrado, mas no el abierto; y esto proviene de que en el uno puede ser engañado por quien se lo escriba, miéntras que no sucederá lo mismo en el abierto, pues están de por medio el escribano y los cinco testigos que segun vimos en su respectivo lugar, deben concurrir é intervenir en el otorgamiento de dicho testamento. Por eso la ley ha hecho muy bien en disponer dos cosas: primera, que los ciegos no puedan testar *in scriptis*, es decir, hacer testamento cerrado: y segunda, que para no perjudicarlos en el uso de su propiedad y sí normárselos y garantizárselos mas y mas, permitirles testar en testamento abierto y bajo las precisas condiciones de que éste deba ser hecho ante el escribano y cinco testigos por lo ménos, con lo que se evita el complot entre ellos ó con otro, en perjuicio del ciego ó de sus herederos.

Hemos visto en el párrafo anterior que es absolutamente prohibido hacer testamento á los menores de doce ó catorce años segun sus sexos. Así lo dice la ley 13 tít. 10 de la Partida 6ª derogatoria de la 10 tít. 5º lib. 2 del Fuero Juzgo que permitia al pupilo de

Digitized by Google

diez años testar en caso de enfermedad; y del Fuero antiguo de Navarra que permitia á los hidalgos testar á la edad de siete años. Ahora debemos advertir que la misma ley prohibia hacer testamento á los hijos que aunque fueran mayores de dichas edades, estaban bajo la patria potestad, y aun cuando se les permitiera por sus padres, salvo los casos en que estos hijos fueran caballeros ó letrados, en cuyos supuestos podian disponer de sus bienes castrenses y cuasi castrenses. Mas esta disposicion está derogada por la ley 5ª de Toro que es la 4ª tít. 4º lib. 5º de la R., ó 4 tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop. en estas terminantes palabras que la forman: "El fijo ó fija que está en poder de su padre seyendo de edad lejítima para hacer testamento *pueda fazer testamento como si estuviese fuera de su poder.*"

Hay otros á quienes por razon de los bienes de que podrian intentar disponer, se les prohibe testar. Tal sucede con los obispos y demas eclesiásticos de que habla la ley 8ª tít 21 Partida 1ª En nuestro país, supuestas las leyes de reforma, pueden libremente hacerlo.

En el derecho canónico segun Murillo, tienen igual prohibicion. Mas como por una costumbre muy antigua han testado, y esta costumbre está mandada guardar por las leyes 13 tít. 8º lib. 5º de la Recop., 12 tít. 20 lib. 10 Nov. Recop. y 6ª tít. 12 lib. 1º de la Recop. de Indias, se les permite hacer testamento conforme á derecho.

A la mujer casada, segun Escriche, es permitido testar sin licencia de su marido ni autorizacion judicial; y aunque apoya su doctrina en la ley 4ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., como ésta nada dice, carece de fundamento legal espreso. Para que la mujer casada haga constar cuál es su voluntad, no necesita licencia marital, ni ménos cuando ésta podria negarse y así ocasionarse con ó sin intencion, innumerables males. La disposicion testamentaria de la mujer no puede perjudicar los intereses de la sociedad doméstica, pues para que sea válida debe estar estendida conforme con la ley. La voluntad del testador debe ser manifestada libremente, y careceria de este requisito si debiera intervenir la licencia marital. Así lo deja enten-

Digitized by Google

der Sigüenza en el número 25 del lib. 2º de sus cláusulas y al citar la ley 1 C *si quis aliquem prohiberet testare.* Navarr. in Manual part. 6ª núm. 7 y la ley 27 tít. 1º Partida 6ª que deben consultarse.

Mas tanto las personas á quienes en ningun caso prohiben las leyes hacer testamento, como las á que se les prohibe respectivamente ¿de qué cosas pueden disponer en testamento? Cuando los testadores son personas que no están sujetas á patria potestad y son ascendientes de sus herederos, pueden disponer para éstos de cuatro quintas partes y de la otra libremente, segun la ley 9 tít. 20 lib. 10 de la Nov. Cuando los testadores son descendientes y los herederos ascendientes, deben disponer á favor de éstos de dos terceras partes de su fortuna, y de la otra libremente conforme á la ley 1ª del mismo título, libro y código; y cuando los herederos son colaterales ó estraños, no tienen derecho sino á lo que gratuitamente se les deje por el testador, que en este caso, es libre para disponer de su fortuna, ó de parte de ella en favor de quien quiera: á diferencia de cuando mueren intestados, en cuyo caso tienen los derechos que veremos en su lugar. Todo esto está conforme con la ley de 10 de Agosto de 1857 en sus artículos 13 y 14.

CONCORDANCIAS.

El Código español en su art. 601 declara incapaces de testar á los religiosos profesos de Ordenes reconocidas por leyes del reino; pero les reconoce tal capacidad desde el momento en que vuelvan al siglo conforme á las mismas leyes. El mismo Código en su art. 602 niega el poder hacer testamento cerrado al ciego y al que no sabe ó no puede leer: en su art 603 permite al que no pueda hablar pero sí escribir, otorgar solo en testamento cerrado; en su art. 604 concede á los estranjeros la facultad activa y pasiva de testar y heredar que, conforme al art. 26 del mismo Código, se les concede á los españoles, y salvo lo dispuesto ó que se dispusiere por los tratados y leyes especiales; y en su art. 606 manda que para calificar la capacidad de testar se atienda únicamente al tiempo en que se

Digitized by Google

otorga el testamento. Con el primer artículo del Código español, salvas ligeras diferencias, están conformes los 714 y 715 del sardo, el 573 del austriaco y el 1.° cap. 3 lib. 3 del bávaro. El 602 español está conforme con la ley 8 tít, 23 lib. 6 del C., con el párrafo 3 tít. 10 lib 2 Ins., con la ley 14 tít. 1, ° Par. 6, y con las 1, 2 y 3 tít. 18 lib. 10 de la Nov. Con este artículo español van de acuerdo el 978 francés, el 753 sardo y los 113, 114 y 115, tít. 12, parte 1.ª del prusiano. Con el 603 español están conformes el 979 francés, el 755 sardo, el 988 holandés y el 900 napolitano. Con el 604 español, están de acuerdo los 702 y 705 sardos, el 912 francés, el 1477 de la Luisiana, el 570 de Vaud, el 957 holandés y el 828 napolitano. Debe tenerse presente que los artículos 796 y 912 franceces, están abrogados por el 1.° de la ley de 14 de Julio de 1819 en que se concede á los estranjeros el derecho de heredar, disponer y recibir del mismo modo que los franceses en toda la Francia. Y por último en cuanto á la calificacion de la capacidad para testar de que habla el art. 605 español, nada dicen los mas de los códigos modernos, á escepcion del de la Luisiana en su art. 1418, y el de Holanda en el 915.

CAPITULO CUARTO.

De los herederos.

Aquí tenemos que investigar ¿qué debe entenderse por herederos? ¿cuántas son sus clases? ¿quiénes no pueden serlo y quiénes sí? ¿cuáles son los derechos de cada clase de herederos, ó mejor dicho, en qué órden deben suceder al testador? ¿qué otros derechos tienen los testadores y herederos? Lo sabrémos en los párrafos siguientes

Digitized by Google

PARRAFO I.

¿Qué debe entenderse por herederos?

Toda persona que suceda á otra en todo ó en parte de sus bienes, derechos y acciones, se llama *heredero*. Lo bueno de esta definicion nos ahorra el trabajo de buscar otra; su claridad nos economiza el de esplicarla, y el conjunto de sus cualidades lógicas, nos hace adoptarla en esta obra.

Réstanos solo decir que es del todo conforme con la que nos da la ley 1.ª tít. 3.º de la Part. 6.ª

PARRAFO II.

¿Cuántas clases hay de herederos?

Sabido tenemos que la persona que sucede á otra en todos ó parte de sus bienes, se llama heredero. Pues bien: de esta definicion resultan las dos primeras clases de herederos que la ley 1.ª tít. 3.º de la Partida 6.ª fija y reconoce, y son universales y particulares.

La persona á quien se hereda, ó ha muerto despues de haber hecho manifestacion de su última voluntad, ó sin haberla hecho: en el primer caso, sus herederos lo son por testamento, y en el segundo *ab intestato*: he aquí otras dos clases de herederos, testamentarios y ab intestato.

Si estos tienen con el testador ó intestado las relaciones de parentesco en línea ascendente ó descendente, son llamados forzosos, pues tanto el testador como la ley les instituyen herederos, y por lo mismo lo son por testamento y ab intestato.

Digitized by Google

Si dichos herederos solo tienen con el testador relaciones de parentesco en línea lateral ó simplemente de gratitud, respeto, amistad, consideracion, etc., etc., es llamado voluntario por testamento, y forzoso por intestado cuando ademas de ser de derecho pariente del testador en línea trasversal, no existen otros de las líneas ascendente ó descendente; cuyas distintas clases son tomadas de la ley 21 tít. 3.° Part. 6.ª Sin embargo de que Febrero, Murillo y Carpio, así como Sigüenza y otros autores, hablan de los herederos necesarios de que se ocupaban el Derecho romano y nuestra antigua legislacion, nosotros no lo hacemos, por estar abolida felizmente en nuestro país esa tremenda, horrible, injusta, antisocial y funesta degradacion del hombre que se llama esclavitud. Ni siquiera para instruccion en la historia de tales disposiciones queremos recorrerlas, pues ni aun así daremos á nuestros lectores las negras páginas en que se descubren la dura condicion, los lamentos, los sufrimientos de tan desgraciados hermanos nuestros é imágenes de nuestro Dios. Si algunos quieren mitigar sus gustos, disminuir sus goces ó saciar su feroz curiosidad, que recorran la Constitucion y demas leyes de Norte-América, país que á pesar de su cerebro de plata y corazon de oro, barbárie característica, ignorancia supina y corrupcion absoluta, se dice el clásico de la libertad, cuando en la realidad es el Atila del Septentrion y el atalaya avanzado de la barbarie y materialismo del siglo XIX en que vivimos.

PARRAFO III.

¿Quiénes no pueden ser herederos?

Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad ó impedimento legal alguno. Esta no inhabilidad ó bien esta capacidad se requiere en distintos tiempos segun la clase á que pertenezcan los herederos. Así nos lo dice la terminante ley 22 título 3.° de la Par-

Digitized by Google

tida 6.ª en estas palabras: "Los herederos, á que dizen suyos, así como los que descienden del testador, maguer á la sazon que los establesciessen, fuessen atales, que non pudiessen ser puestos por herederos de otri, si al tiempo quel padre, ó el auelo muriessen, non ouiesse este enbargo, podrian auer la herencia dellos. Mas los otros herederos, al que llaman necesarios, deuen ser atales en el tiempo que los Señores los establescen por herederos, e a la sazon de la muerte de los testadores, que non hayan algunos de los embargos, que dizen en las leyes deste nuestro libro, porque non puedan ser herederos. Pero los herederos que son dichos estraños, ha menester que sean de tal condicion, que non puedan ser enbargados por razon de sus personas en tres temporales. El primero es, quando los establescen por herederos. El segundo, quando mueren los testadores. El tercero, quando se otorgan por herederos. Ca si en qualquier destos temporales ouiessen alguno de los enbargos porque non pueden los omes ser herederos, perderian por ende la herencia, e auerla y en los otros que fuessen establescidos en su lugar dellos, a que dizen en latin, substitutus, ó los otros que fuessen establescidos en uno con ellos en el testamento. E si ninguno destos non ouiesse y, estonce tornaria la herencia a los parientes mas propinquos del finado." Recomendamos la lectura de las glosas de esta ley.

Segun el art. 24 de la de 10 de Agosto de 1857, solo se exige habilidad para heredar á la muerte del testador, pues reconoce ó sienta por principio en su art. 1.º que "el derecho de heredar comienza en el momento de la muerte de la persona que se va á suceder."

Veamos ahora quiénes no tienen capacidad legal para heredar en ningun caso. Estos, segun las leyes 4.ª título 3 Partida 6.ª, 6.ª y 7.ª título 8º libro 5 de la R., y 4.ª y 5.ª título 20 libro 10 de la Nov. R. son los apóstatas, los herejes declarados por sentencia, el que á sabiendas se ha hecho bautizar dos ó mas veces, los colegios, cofradías, ayuntamientos y sociedades erigidas contra derecho, pues estas corporaciones no son personas jurídicas. Los hijos bastardos, espurios, sacrílegos é incestuosos, los naturales cuando hubiere legítimos ó legitimados, ya lo sean por matrimonio, ó por rescripto del

Digitized by Google

soberano y con este objeto; el traidor, y sus hijos varones, los que los aconsejan ó auxilian en su traicion, y ni el confesor del enfermo en su última enfermedad, ni su iglesia, convento, órden, parientes, ni deudos; y si cualquiera de los dichos fuere nombrado, no vale el testamento, y el escribano que lo autorizare incurrirá en la pena de privacion perpetua de oficio. Así la ordenan las disposiciones citadas, las leyes 2ª título 2º Partida 7ª y 2ª 3ª y 4ª título 18 libro 8º de la R. y 15 título 20 libro 10 de la Nov. R.

Supuesta la ley de tolerancia de cultos, parece no ser motivos que impidan heredar, la heregía, la apostasía &c.

Los individuos hasta aquí mencionados tienen prohibicion absoluta para heredar. Hay otros que solo la tienen respectiva, esto es, para ciertas y determinadas personas, y estos son los de que nos ocupamos en los puntos 2º, 3º y 4º del párrafo 5º de este capítulo, y de los que por conservar el método y evitar confusiones ó repeticiones no hablamos aquí.

Conforme á los artículos 26, 27 y 28 de la ley de 10 de Agosto de 1857, son absolutamente inhábiles para heredar por testamento:

1º el médico que asista y el sacerdote que confiese al testador en su última enfermedad, si no fueren personas que tengan derecho de heredar *ab intestato*, pues siéndolo conservarán para sucederle por testamento y adquirir legados la misma habilidad que tuvieren ántes de asistir ó confesar al testador.

2º Los parientes del médico y confesor susodichos con la escepcion indicada en la fraccion que precede.

3º La iglesia, convento ó monasterio de dicho confesor.

El escribano que á sabiendas otorgue un testamento en que se contravenga á las tres prevenciones que anteceden, será privado de oficio. El juez á quien se presentare el testamento impondrá de oficio esa pena procediendo de plano. Y si no lo hiciere así, será suspendido por seis meses. Ni sobre la privacion ni sobre la suspension se admitirá recurso alguno en el efecto suspensivo; pero sí en el devolutivo

Digitized by Google

4º Las manos muertas, si la herencia ó legado consistiere en bienes raices.

5º El condenado por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesion se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de esta.

6º El que haya hecho contra ella acusacion de delito que merezca pena capital, aun cuando sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente ó su cónyuge, á ménos que esto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, de un hermano suyo ó de su cónyuge. Pero cuando el finado no fuere descendiente, ascendiente ni cónyuge del acusador, se necesitará que la acusacion sea declarada calumniosa.

7º El mayor de edad que sabedor de que el difunto no murió naturalmente, no denuncia á la justicia el homicidio dentro de seis meses contados desde el dia en que llegó á su noticia, á no ser que los tribunales comiencen á proceder de oficio dentro de dicho término. Pero la falta de denuncia no perjudicará al heredero si fuere descendiente ó ascendiente del homicida, su esposo ó esposa, su hermano, tio, sobrino ó cualquiera otro de los parientes colaterales que se halle en igual ó mas cercano grado de parentesco con el homicida que con el difunto.

Como se ha dicho, hay obligacion de denunciar el homicidio en los casos no esceptuados; pero en ninguno lo habrá de denunciar al homicida.

8º El cónyuge supérstite declarado adúltero en juicio en vida del otro ó que estuviere divorciado y hubiere dado causa al divorcio, si se tratare de la sucesion del cónyuge difunto."

9º La muger condenada como adúltera en vida de su marido, si se tratase de la sucesion de los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio." Supuesto que en la fraccion anterior no se distingue entre los cónyuges adúlteros para heredarse ¿por qué se prohibe solo á la muger heredar á los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que es adúltera? A nuestro ver solo

Digitized by Google

hay esta razon. La incertidumbre de que tales hijos sean ó no del marido, y la probabilidad de que ella herede á éste por haberlo heredado quien no es su hijo, lo que equivaldria á un robo respecto del hijo para con el marido y á un premio á la muger por su delito; pero todo convence de la necesidad de fijar alguna regla sobre cuándo deben tenerse tales hijos por del marido y cuándo no.

10º El padre y la madre para heredar al hijo espuesto por ellos.

11º El que hubiere cometido contra la vida ó el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio; á ménos que se pruebe la existencia de algunos hechos de que claramente se infiera haber perdonado el difunto al culpable.

12º El que usare de violencia en el difunto para que haga ó deje de hacer testamento.

13º El padre ó la madre que no reconocen sus hijos naturales, para heredar á éstos ó sus descendientes.

Art. 27. Serán inhábiles para suceder por testamento ó ab-intestato á sus cómplices, y aun para adquirir los legados que éstos les dejan:

1º Los declarados incestuosos ó adúlteros.

2º El clérigo secular ordenado *in sacris*, los religiosos profesos de ambos sexos y la muger ó el varon con quien tuvieron ayuntamiento carnal, *si fueren declarados judicialmente reos de ese delito.*

Art. 28. Los descendientes del inhábil que pretendan suceder por testamento ó ab-intestato por derecho propio y no en representacion, no serán escluidos por la inhabilidad de su ascendiente. Pero el padre en ningun caso tendrá el usufructo de los bienes que sus hijos reciban por herencia ó legado para cuya adquisicion sea aquel inhábil."

Como por la fraccion 2ª del art. 21 de la ley de matrimonios civiles, es causa para el divorcio la acusacion de adulterio no justificada; y segun la fraccion 8ª del art. 26 de la ley de 10 de Agosto de 1857, no puede heredar el cónyuge que estuviere divorciado y hubiera dado causa al divorcio, creemos que el cónyuge acusador del

Digitized by Google

adulterio de su consorte que no lo justificare, no podrá tampoco heredar al acusado.

CONCORDANCIAS.

Los artículos 606, 607, 608, 612, 613, 614 y 617 del Código español, señalan á quienes considera éste incapaces de heredar. Tales son los siguientes: Todos los que tengan incapacidad absoluta para adquirir, los religiosos profesos, las criaturas abortivas, reputándose por tales las que nazcan sin figura humana ó muertas, ó aunque así no suceda si no duran cuarenta y ocho horas, como se prescribe en el art. 107 del mismo código: las asociaciones y corporaciones no permitidas por las leyes, las iglesias y cabildos eclesiásticos, los ayuntamientos y concejos, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instruccion pública, toda asociacion de manos muertas, los médicos y cirujanos que hayan asistido al testador en su última enfermedad y sus esposas si no fueren parientes del testador dentro del cuarto grado; el confesor del testador, sus parientes hasta el cuarto grado; sus iglesias, cabildos, comunidades ni institutos; el escribano y testigos del testamento abierto, sus esposas, parientes ó afines del cuarto grado y los testigos del testamento hecho sin escribano; el condenado en juicio por delito ó tentativa de homicidio en la persona del testador; el heredero mayor de edad que sabedor de la muerte del difunto no la denuncia á la justicia, si ésta no ha procedido de oficio, salvo si el homicida es ascendiente, descendiente, marido ó muger del heredero; el que voluntariamente acusó ó denunció al difunto de un delito que merecia pena de muerte ó de prision perpetua; el condenado en juicio por adulterio con la muger del difunto; el pariente de éste que viéndole demente y abandonado no le recogió ó cuidó de que se le recogiera en un establecimiento público; el que para heredar estorbó por fuerza ó fraude que el difunto hiciera testamento ó revocara el ya hecho, ó sustrajo éste ó forzó al difunto para testar; y por último, los legatarios que se encuentren en los casos referidos. Con estas disposiciones del Código español están conformes los artículos 700, 709,

Digitized by Google

800, 808 y 1,153 del sardo: los 902, 906, 909, 911, 975 y el 727 del francés: los 822, 825, 827, 901 y 648 del napolitano: los 1,469, 1,585, 1,586 y 1,478 de la Luisiana: los 946, 925, 953, 991, 958 y 885 del holandés: los 568, 572 y 514 del de Vaud: los 594, 540, 542 y 543 del austriaco: los 762 y 133 del prusiano, y el 20, cap. 1º, lib. 3 del bávaro.

PARRAFO IV.

¿Quiénes pueden ser herederos?

En esta materia como en las mas del derecho, todo lo positivo se infiere en vista y ciencia de lo negativo, mejor dicho; lo permisivo y aun lo preceptivo, atento lo prohibitivo. Por eso para saber quiénes pueden ser testigos y quiénes testar, tuvimos necesidad de ver primero á quiénes estaba prohibido absoluta ó respectivamente una ú otra cosa; y por lo mismo ántes hemos visto á quiénes está prohibido heredar.

Ahora bien: sabido quiénes no pueden ser herederos, estamos al tanto de que lo pueden ser todas aquellas personas que no estén comprendidas en dichas prohibiciones. Mas cuáles sean estos herederos, sus derechos y órdenes de sucesion, lo sabrémos en el siguiente párrafo.

PARRAFO V.

¿Cuáles son los derechos de estas distintas clases de herederos, ó cómo deben suceder en las herencias?

Hemos visto que los herederos pueden ser llamados á la herencia por la voluntad espresa del ó testador por ministerio de la ley cuando aquella falta ó es contra ésta, y que pueden y aun deben heredar el todo líquido de la herencia. Vimos igualmente que se dividen

Digitized by Google

los herederos en forzosos y voluntarios, y que los forzosos ó legítimos son los descendientes ó ascendientes del testador, y los voluntarios los colaterales y estraños por parentesco con el testador mismo.

Las leyes exigen respecto de los primeros y permiten por lo que hace á los segundos el nombramiento ó institucion de herederos, y esto en todo ó en parte, segun los casos. Debiendo, pues, hablar de los forzosos ó legítimos primero, y de los voluntarios luego, y dividiéndose unos y otros en varias clases ó especies, examinarémos por su órden en los siguientes puntos; primero, los descendientes; segundo, los adoptivos; tercero, los arrogados; cuarto, los naturales; quinto, los ascendientes, y sesto, los voluntarios.

PUNTO I.

Herederos descendientes del testador.

Murillo en el libro 3º de las Decretales tít. 26 números 241, 242 y 243 dice: "Los descendientes, y en su defecto los ascendientes son herederos forzosos; y se llaman así porque no pueden dejar de ser instituidos sino por justa causa bastante á la desheredacion. Se llaman tambien legítimos, porque han nacido conforme á las leyes civiles y canónicas, y son de tres clases, unos que proceden de verdadero matrimonio, otros que fueron procreados durante él, pero en el que resultó impedimento por uno ó ambos padres, y los últimos los legitimados por subsiguiente matrimonio. A todos estos deben los padres instituir por herederos de todos sus bienes, á escepcion del quinto, del que pueden disponer libremente, y con ellos no puede entrar en parte ningun estraño; de modo que su institucion seria inválida é ineficaz."

"No se reputa estraño el hijo póstumo que es el que nace despues de muerto el padre; mas para que sea habido por legítimo es necesario que su madre lo dé á luz cuando mas á los diez meses de la muerte del marido, y que al tiempo de ésta viva en su compañía;

Digitized by Google

pues si nace entrado el onceno mes del fallecimiento, aunque sea en un dia, ó no vivian juntos, ya no se reputa legítimo, y sí en el sétimo ó noveno mes." Antes de pasar adelante debemos decir, que así los siete como los nueve meses últimos deben contarse desde la muerte del testador, y que tanto esto como lo dicho por Murillo están fundados en la ley 4ª tít. 23 Part. 4ª

"Ademas, continúa Murillo, es necesario que el hijo viva veinticuatro horas y que sea bautizado, pues de otra manera se considera abortivo y no hereda á sus padres." Esta doctrina está basada en la ley 2ª tít. 5º del lib. 10 de la Nov., que es la 13 de Toro, y no en la 11 tít. 4º de la Partida 6ª como pretenden los compendiadores del Murillo de Testamentos.

"Los hijos legítimos por ser de matrimonio escluyen á cualquiera otros herederos, y con ninguno que no sea como ellos entran á la par en la misma herencia. Esta sucesion de los descendientes puede verificarse ó por cabezas, es decir, teniendo cada uno porcion igual con los demas coherederos, ó por familias, esto es, que una familia tenga derecho á una porcion igual á la de cada uno de los herederos, porque representa á uno de ellos. Un ejemplo pondrá de manifiesto esta doctrina. Muere un padre que tuvo cuatro hijos (llamados por nosotros) A, B, C y D: de estos viven A y B, casado éste y con un hijo habido en su matrimonio, y son difuntos C y D, que fueron casados y dejaron hijos, C dos y D cuatro. Ahora bien: A y B heredan á su padre por cabezas, pues representan su derecho personal é inmediato, y los dos hijos de C y los cuatro de D heredan á su abuelo por estirpes ó familias, pues no se representan á sí mismos respecto de su abuelo sino á C y á D hijos de éste y padres de aquellos. Son, pues, estos seis nietos, por sus personas, herederos mediatos, y por sus derechos que son los de sus padres, tan inmediatos como sus tios A y B. Así es que suponiendo que el caudal divisible, pagadas las deudas y el quinto, sea de cuarenta mil pesos; corresponderán de ellos á A diez mil pesos, á B igual cantidad, á los dos hijos de C tambien diez mil pesos que repartidos entre ambos les toca á cinco mil pesos, y á los cuatro hijos

Digitized by Google

de D igualmente les corresponderán diez mil pesos; pero como se distribuyen entre ellos cuatro, les tocan á dos mil quinientos pesos á cada uno." Ley 3ª tít. 13 Part. 6ª Murillo no se ocupa de los herederos siguientes: de los hijos legitimados por rescripto del soberano cuando lo sean para heredar; de los hijos adoptivos, de los adrogados ó arrogados, ni de los ilegítimos, de todos los cuales hablarémos en sus lugares respectivos, segun el método de esta obra, esto es, en los puntos siguientes.

CONCORDANCIAS.

Conforme á los artículos 640 y 641 del Código español, se llaman herederos forzosos aquellos á quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porcion de que no puede privarlos sin justa y probada causa de desheredacion, y esta porcion reservada se llama *legítima*. Son, pues, herederos forzosos: primero, los hijos ó descendientes legítimos respecto de sus padres, y ascendientes tambien legítimos: segundo, á falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes de la primera clase. Conforme al artículo 642 forman la legítima de los primeros, los cuatro quintos de los bienes; mas si solo fuere un hijo descendiente, su legítima se formará de los dos tercios. La de los padres y ascendientes en su caso, se formará de los dos tercios si los herederos ascendientes fueren dos ó mas; y de la mitad si solo fuere uno; y sobre estas legítimas no puede ponerse gravámen, condicion, ni sustituirse de ninguna manera, conforme al artículo 643. Con estos artículos están conformes el 14 cap. 3 lib. 3 del código bávaro: los 762 y 774 del austriaco: el 960 del holandés: el 725 del sardo, y el 577 del de Vaud.

PUNTO II.

Adopcion.

Las leyes 91 tít. 18 Part. 3ª y 7ª tít. 7º de la Partida 4ª entienden por adopcion "el prohijamiento de una persona que está bajo la patria potestad y la cual se recibe en lugar de hijo ó nieto."

Digitized by Google

Hay dos especies de prohijamiento; uno llamado *in specie*, que es pleno y perfecto, y otro llamado ménos pleno é imperfecto. Al primero se da el nombre propio de *adopcion*, porque confiere la patria potestad, segun las leyes 9 y 10 tít. 16 de la Partida 4ª, pues solo tiene lugar de los ascendientes respecto de sus descendientes; y al segundo el nombre genérico de adopcion, pues no trasfiere la patria potestad que queda en los padres naturales del adoptado con los que tienen las relaciones esenciales de paternidad y filiacion.

Los adoptados de la primera clase tienen todos los derechos de hijos propios, mas por el parentesco de línea descendente directa, que por la adopcion segun la razon, la naturaleza de las cosas y el espíritu y tenor literal de las citadas leyes.

Los adoptados por estraños (y se llaman así porque no son descendientes del adoptante) no son herederos forzosos de éste por testamento, pero si ab-intestato, cuando el adoptante ha muerto sin dejar herederos forzosos, legítimos ó naturales. Así lo disponen las leyes 8ª y 9ª tít. 16 de la Part. 4ª, las 5ª tít. 6º lib. 3º y 1ª tít. 22 lib. 4º del Fuero real; y las 1ª y 2ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. R., cuyos derechos no pueden ser perjudicados por el hijo adoptivo ni por nadie.

Por medio de la adopcion, adoptante y adoptado contraen la obligacion recíproca de darse alimentos cuando uno de ellos los necesite y el otro pueda dárselos, porque así como la adopcion trae consigo la patria potestad onerosa, tambien trae la útil. Ambas cesan con la disolucion ó terminacion de la adopcion, y ésta á voluntad del adoptante, segun la ley 8ª tít. 16 de la Partida 4ª citada.

Réstanos solo hablar de los derechos que tienen los niños expósitos ó de las casas de cuna.

Las leyes 4ª y 5ª del tít. 37 lib. 7º de la Nov. R. dicen: que tales niños sean tenidos por legitimados por el soberano para todos los efectos civiles, carreras, profesiones y demas; y que si prévia la justificacion judicial fueren reconocidos por sus padres y éstos pretendieren recogerlos, aun alegando que si los espusieron fué por necesidad para alimentarlos, ó de cubrir el honor de las madres, los

Digitized by Google

padres no puedan recobrar la patria potestad, y sí queden obligados á dejar de herederos á dichos niños en su caso: pero éstos no deben ni pueden dejar de herederos á tales padres.

Con esta disposicion está de acuerdo la fraccion 10 del artículo 26 de la ley de 10 de Agosto de 1857; y en su artículo 18 deroga todas las disposiciones que concedian á los adoptivos el derecho de heredar.

CONCORDANCIAS.

El Código español en su artículo 141: el francés en los 349 y 350: el napolitano en los 273 y 274, y el sardo en los 188 y 189, conceden al adoptante y al adoptado alimentos recíprocos, pero les niegan todo derecho á heredarse sin testamento, conservándoles á los adoptados los derechos que les correspondan á sus familias naturales. El art. 170 del mismo Código español, aunque concede á los hijos naturales y á los adoptivos menores de edad, estar bajo la patria potestad de quien los reconoce ó adopta, les niega al adoptante y reconocente, el usufructo de los bienes del adoptado ó reconocido. De la misma manera les niega la facultad de administrarles sus bienes, si no aseguran su buen manejo con hipotecas á satisfaccion del juez del domicilio del adoptado ó reconocido. El derecho de alimentos entre el adoptante y adoptado, lo conceden tambien el Código francés en su artículo 349, el napolitano en los 273 y 289, el sardo en el 198 y el austriaco en el 148. Por lo que hace al usufructo de que habla el Código español, lo concede el francés en el artículo 384 suponiendo matrimonio, de que resulta que indirecta pero necesariamente lo niega al padre natural. Al Código francés siguen el napolitano en sus artículos 298 y 310; el holandés en los 97, 104, 161 y 374; el de Vaud en el 204; el sardo en los 223 y 224; el de la Luisiana en su artículo 254, aunque niega la patria potestad sobre los ilegítimos reconocidos; y el 644 tít, 2 parte 1ª del prusiano que la niega sobre los hijos naturales no legitimados.

Digitized by Google

PUNTO III.

Arrogacion.

Al prohijamiento de personas que no están bajo la patria potestad, llamamos con la ley *arrogacion.* Y supuesto como damos, pues no debemos ocuparnos de ello, por el esclusivo objeto de esta obra, supuesto repetimos, que tanto el que arroga como el arrogado, tengan los requisitos de la ley, y que por lo mismo puedan contraer tales relaciones, solo examinarémos sus efectos ó sean sus derechos en materia de herencia.

La arrogacion produce efectos mas positivos que la adopcion propiamente dicha, pues por su medio, el arrogado pasa á la patria potestad del arrogador, como si fuera su hijo legítimo no solo en su persona, sino tambien en sus bienes, de manera que el arrogador goza en ellos el derecho del usufructo, miéntras tiene en su poder al arrogado. Así lo ordenan las leyes 7ª y 8ª del tít. 16 de la Partida 4ª

La ley 8ª citada manda que los arrogados no solo hereden ab-intestato al arrogador, sino tambien por testamento cuando no tuviere descendientes ni ascendientes legítimos, pues si los tuviere, únicamente les podrán legar á los arrogados, la parte de la herencia de que el testador puede disponer á su arbitrio, esto es, el tercio ó quinto, segun que los herederos legítimos sean ascendientes ó descendientes del testador ó arrogador: éste no puede sacar de su poder al arrogado sino por justa causa que debe probar ante el juez competente, ó porque otro le haya instituido heredero bajo la condicion de que salga del patrio poder del arrogador: así lo dispone la ley 7ª tít. 16 Part. 4ª

Tampoco puede desheredarlo sino tambien con justa causa; y si lo hiciere no solo está obligado á restituirle todos los bienes que trajo con todas las ganancias que despues hubo, ménos el usufructo

Digitized by Google

correspondiente al tiempo que duró la patria potestad, sino tambien á darle la cuarta parte de sus bienes propios, ó el quinto por vía de alimentos si tuviere descendientes legítimos: ley 8ª tít. y Partida citada. La razon de esto es, que por la arrogacion se adquiere la patria potestad útil, y la onerosa: así pues como tienen los derechos, reportan las obligaciones, porque unos y otras son siempre recíprocas, y por la misma razon cuando ya no existe esa patria potestad tampoco hay derechos ni obligaciones, pues que quitada la causa cesan los efectos.

La ley de 10 de Agosto de 1857 en su artículo 18 dice sobre esta materia que: "quedan abolidas las leyes que concedian á los arrogados el derecho de heredar."

PUNTO IV.

Hijos naturales.

Ante todo debemos decir que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio y los que lo son por rescripto del soberano con este objeto, tienen los mismos derechos para heredar que los de legítimo matrimonio, y los del en que haya resultado impedimento dirimente ignorado por uno ó ambos cónyuges; pues donde existe la misma razon existe ó debe existir el mismo derecho. Mas estos últimos no debian ser tenidos por legítimos segun la ley 2ª tít. 15º Part. 4ª al tiempo de su promulgacion cuando eran nacidos de matrimonio clandestino; pues aunque entónces no estaba como hoy declarado nulo el matrimonio clandestino por el Santo Concilio de Trento, la ley castigaba la clandestinidad del matrimonio, con no reconocer como legítimos los hijos habidos en él.

Segun la ley citada, si el matrimonio ha sido clandestino y aun cuando uno solo de los cónyuges haya sabido su impedimento, no serán legítimos, pues á esto se espusieron con la clandestinidad, y

Digitized by Google

esto convence mas y mas de la justicia, filosofía y política del citado Concilio al declarar la nulidad de tales matrimonios. Y tampoco serán legítimos aun cuando el matrimonio haya sido *in facie eclesiæ*, si ambos cónyuges sabian el impedimento del uno de ellos, pues se casaron sabiendo que no podian ser casados; es decir, se malversaron. Mas cuando uno de los cónyuges sepa su impedimento, para sus derechos respecto de sus hijos deben éstos tenerse como naturales, y como legítimos cuando se trata del derecho de ellos para su padre impedido: y por último, cuando ambos cónyuges ignoran sus recíprocos impedimentos ó el del que los tenga, los hijos son legítimos, así como tambien lo son en los casos ántes dichos. Así es que no debe admitirse la doctrina citada tal como se espone, sino en los términos que quedan sentados, los que deben tenerse presentes para saber si heredarán ó no dichos hijos, pues la ley 1ª, tit. 13, part. 4ª así lo distingue y manda. Tampoco son legítimos los hijos que hubieren los cónyuges desde el momento en que por la autoridad eclesiástica y en el fallo respectivo, se les hiciere saber que ambos ó uno de ellos tiene impedimento dirimente; mas sí lo son los que procrearen, miéntras por la misma autoridad se define si ha ó no impedimento, y esto aun sabido por los cónyuges que se está ventilando judicialmente que uno ó ambos le tienen dirimente. Así lo espresa la citada ley.

Conforme á la de 23 de Julio de 1859 publicada en Veracruz y promulgada en México en 28 de Diciembre de 1860, en su art. 25, 'todos los juicios sobre validez ó nulidad del matrimonio, sobre alimentos, &c., se seguirán ante el juez de primera instancia competente. Y por lo que hace á la clandestinidad del matrimonio, ó lo que es lo mismo, al celebrado sin las formalidades prescritas por dicha ley, ésta en su art. 30 manda no sea reconocido como legal y que no surta efectos civiles ningunos.

Respecto de los naturales que la ley 8ª del tít. 13 de la Partida 6ª, define: "El fiijo que el ome ouiesse auido de alguna mujer de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el non ouiesse mujer legítima nin ella

Digitized by Google

otrosi marido:" y las leyes 9 tít. 8º lib. 5º de la Recop., 11 de Toro y 1ª tít. 5º del lib. 10 de la Nov. Recop. derogatorias de la Partida citada, definen diciendo que son "los que nacieron de hombre y mujer que al tiempo de la concepcion ó del parto, puedan contraer matrimonio sin dispensacion, con tanto que el padre los reconozca por sus hijos, y puesto que no haya tenido la mujer de quien los hubo, en su casa, ni sea una sola;" respecto de estos hijos repetimos, dirémos con Murillo "que tienen los padres, abuelos y ascendientes de ambas líneas paterna y materna, obligacion de darles alimentos." Conforme á las leyes 8ª tít. 13 Part. 6ª, 5ª tít. 19 Part. 4ª y 6ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. que es la 8ª tít. 8º lib. 5 de la R. y 10 de Toro.

Por lo que hace á la sucesion hereditaria podrán tenerla de sus padres siempre que estos no tengan descendientes legítimos ó legitimados, aunque tengan ascendientes legítimos. Y si el padre no los mencionare en el testamento, deberán los herederos darles alimentos, conforme al espíritu y letra de las leyes 8ª tít. 13 Part. 6ª, y 6ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. citadas.

Mas habiendo descendientes legítimos del testador, sus hijos naturales solo le pueden heredar en el quinto de sus bienes de que libremente puede disponer. Leyes citadas en el párrafo anterior.

Hemos visto lo que los hijos naturales pueden heredar respecto de sus padres.

Veámos ahora qué deben respecto de sus madres, cuándo y de qué manera.

La ley 11 tít. 13 de la Partida 6ª se espresa así: "Las madres siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas; por esta razon todo fijo deue heredar en los bienes de su madre en uno con los otros fijos legítimos que nascen della, quier sea legítimo o non." La razon es porque en todos casos la madre tiene la patria potestad y por lo mismo las utilidades y cargas de ésta, pues que es único gefe de tales hijos, y única por lo mismo que reconocen las leyes.

Por lo que ve á los hijos adulterinos, sacrílegos, incestuosos, mancéres y espurios de que habla la ley 1ª tít. 15 Partida 4ª, deben ser

Digitized by Google

creados y alimentados por sus padres conforme á la ley 2ª tít. 19 de la misma Partida, y por las razones que allí espresa el legislador. Debiendo advertir que no solamente el padre y la madre tienen obligacion de alimentar y crear á los hijos espurios, sino tambien los ascendientes maternos en su caso y lugar. En efecto la ley 5ª tít. 19 de la Partida 4ª, despues de establecer que los ascendientes por ambas líneas están obligados á crear á sus descendientes legítimos ó naturales, prosigue de esta manera: "Mas los que nascen de las otras mujeres, assí como de adulterio, o de incesto, o de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha de partes del padre, non son tenudos de los criar, si non quisieren; fueras ende si lo fizieren por su mesura, mouiendose naturalmente a criarlos, e a fazerles alguna merced, assi como farian a otros extraños, porque non mueran. Mas los parientes que suben por liña derecha por partes de la madre, tambien ella como ellos tenudos son de los criar si ouieren riqueza con que lo puedan fazer. E esto es por esta razon: porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della, que es suyo; lo que non es el padre, de los que nascen de tales mujeres." Conforme á la ley de 10 de Agosto de 1857 tienen los derechos de que hablan los artículos siguientes.

Art. 29. "Los hijos legítimos ó legitimados por subsecuente matrimonio y sus descendientes, aunque sean de diverso matrimonio, sucederán á sus padres y demas ascendientes en porciones iguales, por cabezas los primeros y por estirpes los segundos, cuando éstos concurran con otros en representacion de sus padres. Esto se entiende sin perjuicio de lo que deba darse á los hijos naturales, á los espurios y al cónyuge supérstite, de cuyos derechos se hablará en artículos separados. Para que la legitimacion por subsecuente matrimonio surta el efecto de hacer al hijo natural completamente hábil para heredar, en concurrencia con los legítimos y los descendientes de éstos, es preciso que sea legalmente reconocido ántes de que sus padres contraigan matrimonio ó á lo mas tarde al tiempo de contraerlo."

Art. 30. "La legitimacion susodicha producirá efecto en favor

Digitized by Google

de los descendientes de un hijo natural, aunque se verifique despues de la muerte de éste, el matrimonio y reconocimiento de que se habla en el artículo que precede."

Art. 31. "La legitimacion por decreto de autoridad competente, solo podrá hacerse á favor de los hijos naturales y no de los espurios, y dará á los primeros el derecho de heredar en los términos siguientes:

"Si la legitimacion fuere pedida por su padre ó madre, ó por entrambos; aunque ántes no se haya hecho el reconocimiento, esa peticion hará las veces de aquel y producirá los mismos efectos. Si no fuere pedida por los padres la legitimacion, el legitimado solo será preferido al fisco."

"Si solo uno de los padres hiciere la peticion, solo en los bienes de él y de sus ascendientes, sucederá el legitimado."

Art. 32. "Los hijos naturales y sus descendientes heredarán á sus padres y demas ascendientes, solo cuando hayan sido legalmente reconocidos."

Art. 33. "Para que el reconocimiento sea valedero, ha de ser el padre mayor de diez y ocho años, y el reconocimiento hecho sin fuerza ni miedo, espreso y terminante, por escrito, y con los mismos requisitos que se exigen para testar; si no es que lo haga el mismo padre personalmente, ó por apoderado, con poder bastante ante la autoridad encargada del registro civil. Este reconocimiento y la confesion judicial del padre, serán en adelante los únicos medios de probar la paternidad; á pesar de lo prevenido en el artículo 31 de la ley de 27 de Enero de este año (de 1857). Queda en consecuencia prohibida toda otra averiguacion judicial acerca de ella; á no ser en el caso de que el padre haya sido raptor ó forzador de la madre, y la concepcion del hijo coincida conel rapto ó la violacion forzada; ó cuando el hijo nazca de una muger durante el tiempo en que un hombre habite con ella una misma casa teniéndola públicamente como su concubina, ó haciéndola pasar por su esposa; pues se admitirá prueba sobre estos hechos, y probados que sean plenamente quedará tambien probada la paternidad."

Digitized by Google

Art. 34. "En estos tres casos se admitirá prueba en contrario, de parte del supuesto padre y de aquellos que tengan interes en ello, incluyéndose en este número el fisco (si no hubiere otra persona con derecho á suceder) y el hijo natural. Mas si el reconocimiento se hizo en forma por el padre, no se admitirá á éste despues prueba en contrario; pero sí al hijo reconocido."

Art. 35. "El reconocimiento hecho con las formalidades espresadas, aun cuando se verifique despues de muerto el hijo natural dará á sus descendientes los mismos derechos que competerian á aquel, si se hubiera verificado ántes de su fallecimiento."

Art. 36. "Cuando el reconocimiento se efectúe despues que el hijo haya heredado, ó adquirido derecho á una herencia, ni el que haga el reconocimiento, ni sus ascendientes tendrán derecho á los bienes de dicha herencia como herederos del reconocido, y cuando mas podrán pedir alimentos, que se les darán con arreglo á los artículos 45 y 46.

Art. 37. "Pero sea que el reconocimiento se verifique en vida ó despues de la muerte del hijo natural, surtirá efecto solo en cuanto á la sucesion de la persona que lo reconoció y de sus ascendientes."

Art. 38. "A la madre podrán suceder sus hijos naturales, reconocidos por ella en los términos dichos en el art. 33, ó que prueben la maternidad. Pero para lo segundo será preciso que el que se dice hijo natural, justifique su identidad con el que parió su pretendida madre, y que ésta no esté casada al tiempo de hacerse la averiguacion. La prueba de testigos solo se admitirá para acreditar dicha identidad, y únicamente cuando haya un principio de prueba, que consista en un escrito emanado de la madre ó de cualquiera otra persona interesada en oponerse á la averiguacion, ó en certificado del registro civil, si el asiento se hubiere hecho sin intervencion de la madre ó de su apoderado: pues si aquella ó éste intervinieron, el certificado bastará para probar la maternidad, y no se admitirá prueba en contrario."

Art. 39. "Los hijos naturales que tengan los requisitos susodi-

Digitized by Google

chos, heredarán á su padre y á su madre en todos sus bienes, si no hubiere ningun otro pariente ó cónyuge supérstite que tenga derecho de heredar. Si existiere alguno ó algunos, se observarán las reglas siguientes.

Art. 40. "Si el padre ó la madre dejaren hijos ú otros descendientes legítimos ó legitimados por matrimonio, se aplicará á los hijos naturales ó sus descendientes, la tercia parte de lo que les corresponderia si fueran legítimos: les tocará la mitad si concurrieren con ascendientes, ó con colaterales del finado, que estén dentro del segundo grado; y el todo si hubiere colaterales del tercer grado en adelante. Si concurrieren con el cónyuge supérstite, que no tenga con que vivir segun su estado, se dividirá el caudal entre éste y los naturales, en los términos que se dirán en el artículo 59, esto es, se les aplicará una parte igual á la del cónyuge supérstite.'

Art. 41. "Los hijos naturales, aun cuando estén reconocidos, no heredarán á los parientes colaterales de sus padres y demas ascendientes."

Art. 42. "Los hijos espurios no tendrán derecho alguno á los bienes de sus padres y demas ascendientes, si no han sido reconocidos, ni probaren su filiacion en los términos y casos que se han dicho respecto de los hijos naturales en los artículos 33 á 38."

Art. 43. "Llenando este requisito, si hubiere descendientes legítimos ó legitimados por matrimonio, hijos naturales ó descendientes de ellos, ascendientes, cónyuge ó colaterales dentro del segundo grado civil, solo tendrán derecho á alimentos."

Art. 44. "Si solo hubiere colaterales del tercero al octavo grado, se dará á los espurios la mitad de los bienes, y el resto á los colaterales."

Art. 45. "Si uno de sus padres, en vida ó en muerte, les hubiere asegurado una pension suficiente para alimentos y solo tuvieren derecho á éstos, no podrán los hijos espurios pedir nada cuando fallezcan sus padres."

Art. 46. "Los alimentos de los hijos espurios se fijarán por el juez que conozca en el intestado en consideracion á las circunstan-

Digitized by Google

cias personales de aquellos, al rango y caudal del difunto, y al número y la calidad de los herederos que éste deje. Pero en ningun caso podrá esceder el capital que represente la pension alimenticia, de lo que les corresponderia si fueran hijos naturales reconocidos."

Art. 47. "Ni á los hijos naturales ni á los espurios se les podrá dar por donacion entre vivos ni por testamento mas de lo que esta ley permite."

Art. 48. Se prohibe que los padres y ascendientes hagan convenio alguno con sus hijos y demas descendientes, por el cual se disminuya la porcion que conforme á esta ley deberán recibir éstos despues de la muerte de aquellos. En consecuencia será nulo cualquier pacto que se celebre con ese fin, y el que saliere perjudicado podrá reclamar lo que de derecho le corresponda.

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos del 774 al 782 fija como reglas á que deben sujetarse las herencias de los hijos naturales reconocidos, las siguientes: "Cuando el padre ó madre que los reconoció haya dejado hijos ó descendientes legítimos, no tendrán los naturales otro derecho que el de alimentos consignado en el núm. 2 del art. 130, esto es, el de que habla la ley de Partida. Si han quedado solo ascendientes legítimos, sea cualquiera su número y grado, los hijos naturales reconocidos por el mismo padre y la misma madre, sean uno ó mas, heredarán la cuarta parte de los bienes, concurran ó no con viudo ó viuda.

Quedando solo colaterales dentro del cuarto grado, heredarán la mitad. Si ademas de colaterales dentro del cuarto grado quedan viudo ó viuda, heredarán el tercio. A falta de colaterales dentro del cuarto grado, heredarán por entero si no quedan viudo ó viuda, y en otro caso los dos tercios. El natural reconocido únicamente por el padre ó la madre, no los heredará, sino á falta de colaterales dentro del cuarto grado civil y de viudo ó viuda que se halle en el

Digitized by Google

caso del art. 773, es decir, que no esté divorciado. Los derechos hereditarios concedidos al hijo natural en los dos artículos anteriores, se trasmiten por su muerte á sus descendientes á virtud del derecho de representacion. El hijo natural nunca hereda á los hijos y parientes legítimos del padre ó madre que lo reconoció, ni ellos al hijo natural reconocido. Si este muere sin dejar posteridad legítima ó reconocida por él, le sucederá por entero el padre ó madre que lo reconoció, ó ambos por partes iguales, si ambos lo reconocieron. No quedando padre ni madre, heredarán los hermanos y hermanas naturales del difunto, y los descendientes de ellos aunque sean legítimos. En este caso tendrán lugar las ventajas del doble vínculo de representacion. En todos los casos dichos el viudo ó viuda del difunto gozará los beneficios espresados anteriormente.

Con este código están conformes los mas de los modernos, á escepcion del prusiano y el austriaco que, como el derecho romano y el de las Partidas, admiten al hijo natural juntamente á heredar con el hijo legítimo de la misma madre; y del código francés que en su art. 757 concede á los hijos naturales solo alimentos, fijándoles una cantidad que los puede perjudicar ó favorecer mucho, segun que sean uno solo ó varios los citados hijos naturales. A este código ha seguido el holandés en sus artículos 109 y 110. Al español sigúen el napolitano en su art. 674, el sardo en el 951, el de la Luisiana en los 912 y 913, el de Vaud en el 546, y el bávaro en el núm. 11 cap. 12 lib. 3. En cuanto á que los derechos de los hijos naturales, á la muerte de estos se trasmitan á sus descendientes, está conforme con el art. 778 español, el 759 francés: y por lo tocante á la línea recta, ambos artículos con la ley 9 de Toro, que es la 5 tít. 20 lib. 10 de la Nov. Recop. Que el hijo natural nunca hereda á los hijos y parientes legítimos del padre y madre que lo reconocieron, no solo lo dice el art. 779 español; sino tambien los 756, 766 y el 954 sardos. Que el padre y madre que reconocen á un hijo natural, le hereden en todo, cuando no ha dejado posteridad legítima, lo sientan el Código español en su art. 780 y el francés en el 765; y que á falta de descendientes legítimos y padres naturales del hijo reconocido, le han

Digitized by Google

de heredar sus hermanos y hermanas naturales y los descendientes de éstos, aunque sean legítimos, lo declaran igualmente el Código español en su art. 781, el francés en el 766, y el de Vaud en el 550 donde llama á los hermanos del finado naturales ó legítimos.

PUNTO V.

Herederos ascendientes.

Antes hemos dicho y ahora repetimos, que á falta de descendientes deben heredar los ascendientes del testador, por ser herederos forzosos, y lo son por la naturaleza: así lo persuade la razon, lo dicta el corazon, lo convence el estudio de las necesidades recíprocas de padres é hijos, lo aconsejan los principios en que descansan la patria potestad útil y la onerosa, puesto que obligacion y derecho son correlativos tanto respecto del padre como del hijo, y lo ordena terminantemente la ley 1ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. Rec.

Conforme á la ley 4ª tít. 13 de la Part. 6ª, los ascendientes no suceden por representacion ó familias sino por cabezas ó en representacion propia: así es que muerto uno de los padres del testador, heredará á éste solo el otro padre, con esclusion del abuelo, padre del padre muerto.

Muertos ambos padres, suceden los abuelos de ambas líneas, debiéndose partir los bienes indistintamente en dos porciones iguales, para él ó los paternos una, y para él ó los maternos otra. Y á falta de los abuelos heredan los ascendientes mas inmediatos que hubiere, sean de la línea que fueren y que designare el testador: y cuando este muera intestado, por partes iguales habrán la herencia dichos parientes en su caso. Ley de Partida citada.

Vimos que respecto de la herencia de los descendientes podia el testador disponer del tercio y quinto. Del primero únicamente para los hijos ó nietos, y del segundo aun á favor de un estraño.

Digitized by Google

Ahora decimos que los testadores cuando solo tienen por herederos forzosos á sus ascendientes, pueden disponer libremente é invertir en lo que quieran el tercio de sus bienes, pues solo en las otras dos terceras partes son herederos forzosos los ascendientes. De la tercera libre deben sacarse los legados, mandas y gastos de funerales, honras, formacion de inventarios y particion de herencia. Así se infiere del contenido de las leyes 12 tít. 13 de la Part. 1ª, 30 tít. 13 de la Part. 5ª, 1ª tít. 8º lib. 5 de la R., que es la 1ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. y 6ª de Toro. Y aunque D. Francisco de Cárdenas en sus estudios sobre "Los vicios y defectos de la legislacion civil de España," solo se contenta con esponer las razones en que se fundan las opiniones de los que sostienen que tales gastos deben hacerse del cuerpo del caudal mortuorio, y las de los que creemos que deben deducirse del tercio libre, y propone como medio de salvar tales diferencias el que se diga por el legislador que en la legítima no se pueden poner gravámenes ni condiciones: nosotros insistimos en nuestra opinion precisamente porque esto que pretende el Sr. Cárdenas lo hemos sentado con los Sres. Alvarez y Murillo en las ocho reglas copiadas de Alvarez en el párrafo sesto siguiente; y muy especialmente, porque así lo ordena la terminante ley 11, tít. 4º de la Part. 6ª que no sabemos por qué no tuvo presente el Sr. Cárdenas. Lo mismo prohibe esta ley gravar las legítimas.

Fáltanos hablar de los derechos de los ascendientes ilegítimos, para con esto poder pasar á ocuparnos de los herederos colaterales ó voluntarios.

Las leyes 2ª tít. 19 de la Partida 4ª, y 8ª tít. 16 de la Partida 6ª dicen: "Otrosi, en aquella misma manera quel fijo natural puede o deue heredar a su padre en los bienes del e aprovecharse dellos asi como sobre dicho es, que en esa misma manera pueda heredar el padre en los bienes de tal fijo e ayudarse dellos."

Respecto de los derechos de las madres, como por una parte tenemos la ley 2ª tít. 19 de la Part. 4ª, y por otra la 11 tít. 13 de la Part. 6ª en que se impone á la madre toda la obligacion, es claro mas que la luz del mediodia que se la concede todo el derecho consiguiente á

Digitized by Google

tal obligacion; mejor dicho, á la patria potestad que se la reconoce. Al hijo de cualquiera clase que sea, ménos los de punible ayuntamiento, debe instituirlo heredero y dar á los otros crianza y alimentos; pues es claro que debe heredar á los primeros y ser sostenida, alimentada y favorecida por los otros; porque donde hay igual razon, hay igual derecho, y donde hay éste hay obligacion.

La ley de 10 de Agosto de 1857 dice en su seccion 4ª lo siguiente:

"Art. 49. Los ascendientes no tendrán derecho alguno á heredar, si hubiere descendientes legítimos ó legitimados por subsecuente matrimonio."

"Art. 50. En concurrencia con hijos naturales reconocidos, ó cónyuge superstite, se les aplicará respectivamente la parte que les señalan los artículos 40 y 60."

"Art. 51. Si concurrieren con parientes colaterales dentro del segundo grado civil los padres del difunto, heredarán éstos dos tercias partes, y aquellos la tercera restante."

"Art. 52. Si con dichos colaterales concurrieren los demas ascendientes; á éstos se les dará una mitad, y á aquellos la otra."

"Art. 53. No habiendo ninguna de las personas mencionadas en los tres artículos anteriores, aunque haya colaterales dentro del tercero al octavo grado, heredarán los ascendientes todos los bienes."

"Art. 54. Los padres y demas ascendientes, no tendrán derecho á heredar á sus hijos naturales, ni los primeros á recibir alimentos de los espúrios, (que es lo único que pueden exigir) si no los reconocieron en la forma legal. Pero tanto los hijos naturales como los espúrios, podrán por testamento dispensar esta falta, y dejar á sus padres y demas ascendientes lo que de derecho les corresponderia, si no la hubieran cometido."

"Art. 55. El ascendiente mas próximo en cada línea, escluirá á los demas de la misma."

En el punto 4º anterior fué copiado el artículo 40 de que habla el 50 aquí citado, y el 60 dice así: "Habiendo padres ú otros ascendientes tendrá igual parte que cada uno de ellos."

Digitized by Google

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos 764, 765 y 766 dice que á falta de hijos y descendientes del difunto, lo heredan sus ascendientes con absoluta esclusion de los colaterales. Que si existen padre y madre del difunto le heredan por partes iguales, y si uno solo, este en todo. Y que á falta del padre y de la madre del difunto le heredarán los demas ascendientes mas próximos en grado y en partes iguales aunque sean de distintas líneas. En estos puntos no están muy conformes los códigos modernos. En efecto: el bávaro cap. 12 lib. 3 copia al derecho romano, mandando que los hermanos carnales y sus hijos hereden con el padre y madre, y en defecto de éstos, con los demas descendientes: el sardo en sus artículos 934 y 936 estiende tal derecho ó beneficio á todos los descendientes de los hermanos carnales: el napolitano en su artículo 671 manda que con el padre y la madre del difunto y á falta de éstos con el ascendiente mas inmediato, hereden los hermanos del testador, carnales ó no y sus descendientes: el código francés en sus artículos 748 y 749 manda lo mismo que el napolitano, ménos en cuanto á que hereden dichos hermanos, muertos padre y madre del testador, iguales con los abuelos y demas ascendientes, pues éstos quedan escluidos por dichos hermanos conforme al artículo 750: el de la Luisiana en sus artículos 899, 900 y 907 y con levísimas diferencias el holandés en los 901 y 903 están conformes con el francés; y el 489 tit. 2 part. 3 del prusiano lo está con el 764 español; pero en el 493 con los francés, holandés y de la Luisiana. Con el artículo 765 español que concede heredar por partes iguales al padre y á la madre del difunto como en nuestra legislacion, solo está conforme el código prusiano en su artículo 480; pues el sardo en el 934 y el napolitano en el 668 prefieren los hermanos carnales á sus descendientes, al padre y á la madre del difunto; y el francés en su artículo 733 dispone que toda sucesion que recaiga en ascendientes y colaterales se divida en dos partes, una para los parientes paternos y otra para los maternos:

Digitized by Google

y finalmente el artículo 766 español, el 669 napolitano y el 747 francés, conceden heredar por partes iguales y aunque sean de distintas líneas, á los ascendientes mas próximos del testador, cuyos padre y madre no existan.

PUNTO VI.

Herederos colaterales ó voluntarios.

Tales son los hermanos del testador y cuando son nombrados herederos se entiende que se habla de los hermanos de padre y madre: á no ser que otra cosa se diga por el testador. Así lo ordena la ley 5ª tít. 13, Partida 6ª

Los derechos que los hermanos del testador tienen á los bienes de éste cuando muere intestado, los verémos al hablar de esta clase de herederos. Por testamento los hermanos pueden heredar al hermano si este quiere, y ab-intestato deben heredarlo si no hubiere herederos forzosos como los descendientes y ascendientes.

En el punto 4º de este capítulo trascribimos lo que sobre el particular al presente dice la ley de 10 de Agosto de 1857; y como allí se habla de los herederos voluntarios, á él nos referimos y á los artículos 64, 65, 66 y 67 que dicen:

"Art. 64. Los parientes colaterales, en lo sucesivo, solo tendrán derecho á suceder en todos los bienes; siempre que estén dentro del octavo grado civil, y no hubiere descendientes legítimos ó legitimados por subsecuente matrimonio, hijos naturales ó espúrios, reconocidos, ó descendientes de éstos, ascendientes, ni cónyuge supérstite."

"Art. 65. Si existiere alguna ó algunas de las personas mencionadas en el artículo anterior, se dará á los colaterales la parte que les corresponda, segun lo dispuesto en la seccion respectiva á cada una de dichas personas y en los artículos 6º y 9º"

"Art. 66. Ni los hijos naturales, ni los espúrios, ni los descendientes de aquellos ó éstos, tienen derecho alguno á los bienes de los

Digitized by Google

parientes colaterales de sus ascendientes, ni aun por via de alimentos; ni dichos colaterales lo tienen á los bienes de los hijos naturales, ni de los espúrios; pero los hermanos de éstos y los que de ellos desciendan, sí lo tendrán á todos los bienes, si aquellos no dejaren ascendientes, ó aunque los dejen, no hubieren sido reconocidos por sus padres."

"Art. 67. Cuando los ascendientes vivieren y se hubiere llenado el requisito del reconocimiento; tanto los hermanos de los hijos naturales y espúrios, como los descendientes de aquellos, tendrán los mismos derechos que si se tratara de heredar á un hermano ú otro colateral legítimo, en concurrencia con los ascendientes de éste."

Los artículos 6º y 9º citados en el 65 son los siguientes:

"Art. 6º Los bienes de toda sucesion á que tengan derecho los ascendientes ó los colaterales del difunto, se dividirán en dos partes iguales, sin atender á la naturaleza, ni al orígen de los bienes; y se aplicarán, una á los parientes de la línea paterna, y la otra á los de la materna; pero si solo existieren parientes de una línea, éstos adquirirán todos los bienes, repartiéndoselos por cabezas, ó por estirpes, segun las reglas establecidas en las leyes vigentes."

"Art. 9º La porcion de cada una de las líneas, no se subdividirá entre las ramas de ellas, sino que se aplicará al heredero ó herederos de grado mas próximo, por cabezas, á no ser que haya lugar á la representacion, en cuyo caso se dividirá por estirpes."

Segun esta ley en su artículo 8º "El doble vínculo de parentesco, no dará derecho de preferencia; pero sí á una doble porcion de bienes, en concurrencia con parientes de una sola línea. Estos solo heredarán la porcion que les toque en la parte correspondiente á su línea, cuando concurran con otros parientes del finado, bien sean carnales, ó solo por parte del padre, ó de la madre; pero si no hubiere mas que parientes de una sola línea, se les aplicarán todos los bienes." Y el contesto de este artículo debe tenerse muy presente, supuesto lo que hemos dicho al principio de este punto.

Digitized by Google

CONCORDANCIAS.

Los artículos del 767 al 772 del Código español, fijan el modo de heredar de los parientes colaterales del testador, de la manera siguiente. A falta de descendientes y ascendientes los parientes colaterales. Los hijos y descendientes del hermano premuerto heredarán con arreglo á lo dispuesto en los artículos 755 y 756. Si existen hermanos de parte de padre y madre con medio-hermanos, heredarán segun lo dispuesto en los artículos 759 y 760. En el caso de no quedar sino medio-hermanos, unos por parte del padre y otros de la madre, heredarán todos partes iguales sin ninguna distincion de bienes, segun lo dispuesto en el artículo 744. En cuanto á los hijos y descendientes de los medio-hermanos y hermanas, regirán tambien los artículos 754, 755 y 756. No habiendo hermanos ni hijos descendientes de ellos, heredarán los otros colaterales sin distincion de líneas ni miramiento del doble vínculo. El derecho de heredar ab-intestato, no se estiende mas allá del décimo grado. La sucesion de los parientes colaterales, fuera del cuarto grado, está sujeta á lo que se dispone respecto del cónyuge supérstite y de los hijos naturales. Con estas disposiciones están conformes el código francés en sus artículos 733 y 775: el napolitano en sus artículos 672 y 673: el holandes en el 908: el sardo en el 941: el prusiano en el 637: el de Vaud en el 540: el austriaco en el 751: y el bávaro en el cap. 12 lib. 3.

PARRAFO VI.

Qué otros derechos tienen los testadores y herederos, ó lo relativo á condiciones ó gravámenes puestos á las herencias.

Estos ven á las condiciones que el testador puede poner al heredero para que perciba la herencia; tambien á las mejoras y á la desheredacion. En este punto nos ocuparémos de las primeras,

Digitized by Google

pues de las segundas y terceras lo harémos en los dos capítulos siguientes.

El heredero puede ser instituido puramente ó bajo condicion, á dia fijo, ó hasta cierto tiempo. Por condicion se entiende: "una circunstancia por la cual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento incierto;" por lo que la de pretérito no es una condicion rigorosamente, sino solo en cuanto el suceso no ha llegado á nuestra noticia. La condicion es: ó imposible que es la que no puede existir ya de hecho, ya de derecho, ya de naturaleza; ó posible, que es la que puede verificarse y es de tres modos; potestativa, cuyo cumplimiento pende de la potestad del hombre; casual, porque pende del caso fortuito; y mista, que participa de ambas.

Igualmente puede ser afirmativa si su cumplimiento consiste en hacer algo; y negativa si en no hacer lo que tiene por objeto la condicion misma. La negativa tiene la particularidad de que no se suspende la consecucion de la herencia, dando el nombrado heredero caucion de que si en algun tiempo obrase contra la condicion, restituirá la herencia. Esta caucion se conoce en el foro con el nombre de Caucion Muciana. Leyes 7ª tít. 4º y 21 tít. 9 de la Partida 6ª

Mas, ¿por qué razon puede el testador poner condiciones á la herencia? Porque tiene dominio sobre lo que testa, y por lo mismo la facultad de trasmitirlo con restricciones ó sin ellas; es decir, tiene facultad para condicionar la trasmicion de ello, y tanto mas, cuanto que suponemos no lo hace por capricho sino por conveniencia, utilidad, necesidad y aun conviccion. Y á esta facultad ¿cómo debe llamarse propiamente? Derecho. Tiene pues el testador en virtud del dominio, facultad ó derecho de condicionar su trasmision. Segun esto ¿los herederos legítimos no lo tendrán á que no se les condicionen ni graven sus herencias? Si lo tienen, pues su legítima por el hecho de serlo les pertenece, es su propiedad, y á nadie se imponen condiciones sobre lo que aun ántes de imponerlas tiene derecho de propiedad, y como tal sufriria un ataque, una usurpacion en el hecho de condicionársela, lo cual supone un derecho de restriccion

Digitized by Google

natural y civil en el testador, que realmente no existe, pues el dominio de éste está relacionado con el de su heredero legítimo.

Por esto la ley 11 tít. 4º Part. 6ª, manda que el testador no ponga condiciones á sus herederos forzosos ó legítimos, sino en el caso de mejoras y solo en éstas. Esto confirma la idea que desarrollarémos despues en el capítulo siguiente, esto es, que las mejoras léjos de ser una parte del derecho de los hijos mejorados; lo es del de los no mejorados, y que éstos en rigor de justicia natural son desheredados en la parte ó valor de las mejoras que escedan del quinto libre.

Para el arreglo de los testamentos condicionales, deben tenerse presentes las disposiciones legales formuladas por el doctor Alvarez en las ocho siguientes reglas.

"Primera. Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legítima." Ley 11 tít. 4º de la Partida 6ª

"Segunda. Cuando un padre mejora á sus hijos en el quinto, tiene facultad de imponerles á su arbitrio los gravámenes y condiciones que quisiere con tal que sean justas y honestas." Ley 11 tit. 4º Partida 6ª

"Tercera. En el tercio, por ser verdaderamente legítima de los descendientes que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones, aunque sí se les permite poner gravámenes." Las leyes 11 tít. 6 lib. 5 R., 11 tít. 6 lib. 10 Nov., 27 de Toro y 11 tít. 4º de la Part. 6ª, contradicen la regla del Sr. Alvarez; pues por ellas se permite al testador no solo condicionar sino gravar el tercio y el quinto, déjese á quien se dejare, dice la ley recopilada. Por otra parte, Alvarez se contradice á sí mismo, pues si como afirma, no debe condicionarse el tercio por ser parte de la legítima de los hijos, no debe dejarse á uno ó mas de ellos sino á todos; y si puede dejarse á uno ó mas con esclusion de los otros en la parte del tercio que les corresponde, en ésta que escede de la que toca al á quien se deja, sí se le puede

Digitized by Google

gravar y condicionar, porque en este esceso es dádiva gratuita y no forzosa ó de derecho natural.

"Cuarta. El heredero estraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles que se le pongan, y de lo contrario no adquiere la herencia." Leyes 7 y 8 tít. 4º Partida 6ª

"Quinta. Si la condicion depende del arbitrio de un tercero y por culpa ó nolicion de éste no se puede cumplir, se tiene por cumplida." Ley 14 del tít. 4º de la Partida 6ª ántes citada.

"Sesta. La condicion imposible, ya sea de hecho, naturaleza ó de derecho, se tiene por no puesta." Ley 3 del tít. 4º Partida 6ª

"Sétima. La condicion perpleja que llaman dudosa, y se verifica cuando no se puede comprender su sentido porque repugnan entre sí las palabras, hace nula la institucion de heredero." Ley 5ª del repetido tít. 4º Partida 6ª

"Octava. El heredero no trasmite la herencia á sus herederos ántes de haber cumplido la condicion que se le impuso por aquel de quien la hubo;" pues solo es heredero cuando está cumplida la condicion y no ántes; y solo puede testar de lo heredado cuando sea suyo, lo que sucede verificada, realizada ó cumplida la condicion, ó cuando siendo ésta negativa, estuviere afianzada la herencia hasta su cumplimiento.

"Como el heredero, dice Murillo, si acepta la herencia, resulta obligado á todo lo á que lo estaba el testador por sus deudas, para que no esté á mas de á lo que alcance la herencia, las leyes le conceden dos beneficios, que son: el derecho de deliberacion y el de inventario."

El primero es un espacio de tiempo concedido por la ley al heredero, para que dentro de él pueda informarse del valor de la herencia y del número y monto de las deudas, á fin de que en vista de todo y atentos sus intereses personales, se resuelva á aceptar tal herencia, si su aceptacion, léjos de producirle males, le trae bienes; ó á no aceptarla en caso contrario.

Las leyes 1ª y 5ª tít. 6º de la Partida 6ª ordenan que para deliberar sobre la aceptacion de la herencia debe concederse al nombra-

Digitized by Google

do heredero un año si lo hiciere el soberano, y nueve meses si lo otorgaren los jueces; y que cuando se crea bastante tiempo, no baje de cien dias el que se conceda para la deliberacion.

Si durante este tiempo ó los anteriores muriere la persona nombrada heredero y á quien habia dádose el término para deliberar la aceptacion ó no aceptacion de la herencia, dice la ley 2ª tít. 6º Partida 6ª citada, que sus herederos no obtendrán la herencia dejada á dicha persona, si esta fuere heredero voluntario; mas que si fuere legítimo ó forzoso, se les concederá á ellos el mismo término que al primero, para que en él puedan decidirse á aceptar ó no, la repetida herencia, y que aun cuando haya pasado tal término, entrarán á ella siempre que la aceptasen en el que les fuere concedido.

El segundo beneficio de los herederos es el de otorgado inventario, y este es el de mas uso, por ser mas prudente, racional y justo. "Es aquel por el cual el heredero no resulta obligado á mas de á lo que alcanzan los bienes testamentarios."

Tanto del modo de formar los inventarios, como de sus especies, requisitos y efectos, hablarémos al ocuparnos del juicio de inventarios.

A la mujer casada prohibe la ley 10 tít. 20 lib. 10 de la Nov., repudiar una herencia sin permiso de su marido, y sí la autoriza para que sin este requisito la acepte, mas á beneficio de inventario. Unas y otras cosas porque se trata de favorecer lo ventajoso al matrimonio y prohibir lo desventajoso ó perjudicial al mismo.

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos 643 y del 708 al 716, dice: "La legítima no admite gravámen, ni condicion ni sustitucion de ninguna especie. (En esto están conformes el sardo en el artículo 725, el de Vaud en el 577 y el austriaco en el 774.) Que lo dispuesto en los artículos 1,030, 1,031, 1,032, 1,034, 1,035, 1,036, 1,037, 1,039, 1,040, 1,041, 1,044, 1,046, 1,047 y 1,048, rige igualmente en las últimas voluntades. Las condiciones imposibles,

Digitized by Google

las contrarias á las leyes ó buenas costumbres, se tienen por no puestas, y en nada perjudican al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga lo contrario. Lo mismo se observará respecto de las condiciones de no hacer una cosa imposible. La condicion puramente potestativa, impuesta al heredero ó legatario, ha de ser cumplida por éstos despues de la muerte del testador, y con noticia de que les habia sido impuesta. Esceptúase el caso en que la condicion ya cumplida no pueda reiterarse. Si la condicion potestativa impuesta al heredero ó legatario fuese negativa, ó de no hacer, ó no dar, cumplirán aquellos con afianzar que no harán ó no darán lo que les fué prohibido por el testador; y que en caso de contravencion devolverán lo percibido con sus frutos é intereses. Cuando la condicion fuere casual ó mista, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa. Si habia existido ó se habia cumplido al hacerse el testamento, y al testar lo ignoraba, se tendrá por cumplida. Si lo sabia, solo se tendrá por cumplida cuando sea de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo. La condicion absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tiene por no puesta, á ménos que lo haya sido el viudo ó viuda por su difunto consorte, ó por los ascendientes ó descendientes de éste. Podrá, sin embargo, dejarse á cualquiera el usufructo, uso, habitacion ó una pension ó prestacion periódica, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo. La espresion del objeto ó aplicacion que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que él mismo impusiere, no se entenderá condicion, si no pareciere ser esta su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es trasmisible á los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador, y en caso contrario la devolucion de lo percibido con sus frutos é intereses. Cuando sin culpa ó hecho propio del legatario no puede cumplirse el legado de que trata el artículo anterior en los mismos términos que ordenó el testador, deberá cumplirse en otros, los mas análogos y conformes á su voluntad. Lo dispuesto en el artículo 709 sobre las

Digitized by Google

condiciones imposibles y las contrarias á las leyes y buenas costumbres, rige igualmente en los casos del artículo 714.

Con ligerísimas diferencias están conformes con el Código español los siguientes: el francés en sus artículos 1,138 y del 1,170 al 1,177; el sardo en los 822, 862 y del 1,260 al 1,274; el holandés en sus artículos del 1,290 al 1,301; el prusiano en los 102 y 114 tít. 4º part. 1ª; el de Vaud en sus artículos del 868 al 879; el napolitano artículos del 1,122 al 1,136; el de la Luisiana del 2,017 al 2,040, y el austriaco artículos 508 y del 700 al 709.

CAPITULO QUINTO.

De las mejoras.

Para estudiar como se debe esta materia sin por eso traspasar los límites que nos fija el objeto y plan de esta obra, debemos tratar, aunque someramente, los puntos siguientes. Definir las mejoras y sus especies; fijar el orígen histórico-legal de ellas; su conveniencia ó repugnancia con la razon, las leyes, la propiedad y la naturaleza humana; saber quiénes pueden hacerlas, á quiénes, cómo, cuándo, en qué términos é instrumentos deben hacerse; si las mejoras son ó no perpétuas, y cómo deben computarse y sacarse. Lo sabrémos con la lectura de los párrafos siguientes:

PARRAFO I.

¿Qué son mejoras y cuántas sus especies?

Sigüenza, Murillo, Matienzo, Serna y Montalban, Febrero y Escriche nos definen las mejoras de esta manera: "La ventaja que un ascendiente concede á uno ó mas de sus descendientes legítimos,

Digitized by Google

señalándole mas parte de herencia que á los otros." Como se ve no comprenden en su definicion las mejoras que el descendiente pueda hacer á uno ó mas de sus ascendientes, ni las que un testador puede hacer á uno ó mas de los herederos voluntarios que instituya, esto es, de los parientes colaterales. Para que unas y otras queden definidas, decimos que mejora es: "la porcion de bienes con que el testador distingue á uno ó mas de los herederos que instituye."

Son de distintas clases las mejoras, mas bien dicho, distintos los aspectos bajo que deben ser consideradas para saber su validez, subsistencia, perpetuidad y revocabilidad, sus efectos y cuándo deben ó no ser traidas á colacion por las personas mejoradas.

Las mejoras por el modo de manifestarlas pueden ser espresas ó tácitas; por el de constituirlas, testamentarias ó *inter vivos;* por la manera de hacerlas, simples y condicionales; por la materia que las forma, de tercio, quinto, ó de uno y otro; y por los motivos que determinan su existencia, simples y causales.

Son espresas, cuando con palabras claras y terminantes, se dice que se dejan; y tácitas cuando simplemente se dona á uno ó mas de los herederos instituidos, una porcion mayor que la que les corresponde. Así lo dice la ley 10 tít. 6º lib. 10 de la Nov. Recop.

Se constituyen en testamento ó en cualquiera otra última disposicion y por contrato *inter vivos*, segun la ley 19 de Toro y las 1ª, 2ª y 3ª tít. 6º lib. 10 de la Nov. R. Tanto las testamentarias como las por contrato *inter vivos* son revocables á voluntad del mejorante, viniendo de este modo á ser mas bien la creacion de una esperanza que la trasmision de un derecho, hasta que llega el caso de morir quien las otorga. Las mejoras hechas en testamento nunca son irrevocables, como que siguen la suerte de toda disposicion testamentaria; y lo dice así la ley 1ª tít. 6º lib. 10 de la Nov. Pero las constituidas por contrato *inter vivos* son irrevocables, segun la ley 1ª ántes citada, en tres casos. Primero: si se hubiese entregado la posesion de la cosa en que consiste la mejora al mejorado ó á quien su poder hubiere. Segundo: si la entrega de la escritura en que fuere instituida la mejora se hiciere por ante escribano. Y tercero: cuando se

Digitized by Google

hubiere hecho la mejora en virtud de un contrato oneroso con tercera persona: y aun en éstos pueden revocarse segun la ley 1ª tít. 6º lib. 10 de la Nov., si el mejorante se hubiere reservado tal facultad ó el mejorado incurre en una de las causas por que pueden revocarse las mejoras.

Puede hacerse la revocacion de dos modos: primero, con palabras terminantes y espresas del testador, manifestando que no quiere que valgan las mejoras que tenia hechas; y segundo, tácitamente ó de simple hecho como sucede en los siete casos siguientes: primero, cuando habiendo mejorado el padre á un hijo suyo en testamento, le lega despues en codicilo una heredad mandando se contente con ella; pues en este caso el mejorado no llevará mas que la heredad, aunque su valor sea mucho mas bajo que el importe de la mejora primera: segundo, cuando el ascendiente despues de haber mejorado en testamento á su descendiente, hipoteca la cosa en que consiste la mejora en tanta cantidad, que no pueda haber esperanza de satisfacerla: tercero, cuando despues de hecha la mejora enagenó el mejorante voluntaria y espontáneamente ó donó la cosa en que la habia consignado; pero si el mejorante solo enagena, dona ó lega parte de la mejora, subsistirá ésta en el resto: cuarto, cuando habiéndola hecho el padre á favor de algun hijo con el fin de que se casase con cierta mujer, falleciere esta ántes de que se verificase el matrimonio, á ménos que conste haberse hecho dicha mejora por consideracion al hijo: quinto, cuando el testador que habia mejorado á uno de dos descendientes suyos, mejora despues al otro espresando que lo hace para que haya igualdad entre ellos: sesto, cuando habiendo legado ó donado un padre á un hijo cierta cantidad ó finca, mejorare despues á otro en tercio y quinto, pues se entenderá revocada la mejora en el importe de la suma donada ó legada: y sétimo, cuando despues de haber mejorado el padre á su hijo, se suscita entre ambos una grande enemistad, aunque si despues se reconcilian convalecerá la mejora. Escriche en su Diccionario de Legislacion, palabra "mejoras."

Hemos dicho que aun en los casos referidos puede revocarse la mejora, si en el mejorado concurriere alguna de las causas porque

Digitized by Google

pueden revocarse tales mejoras. Estas causas son cinco: primera, que deshonre el mejorado al mejorante; segunda, que éste sea acusado por aquel de delito que merezca pena de muerte, prision ó destierro, salvo el de traicion á la patria; tercera, por haber el mejorado puesto manos airadas en el mejorante; cuarta, por haber procurado su lesion ó muerte; y quinta, por haberle hecho grave daño en sus bienes.

Para que el mejorante pueda revocar la mejora por una ó mas de dichas causas y evitar así que pueda perjudicar al mejorado y burlar la ley y sus compromisos, es necesario que pruebe en juicio la verdad de la causa de la revocacion; pues la acusacion de la ingratitud irroga grave injuria al mejorado.

Esta accion corresponde al mejorante, pues es personal; y solo la seguirán y entablarán sus herederos, cuando aquel la haya principiado ántes de morir, ó cuando la haya ignorado; y tambien esto deben probar judicialmente sus herederos.

No solo las mejoras, sino la simple promesa de hacerlas pueden constar en testamento ú otra escritura pública. La promesa de mejorar á cualquiera de los descendientes segun la ley 6ª tít. 6º libro 10 de la Nov. que es la 6 título 6 libro 5 de la Recopilacion, y 22 de Toro, debe ser cumplida; y si el mejorante no la cumpliere, despues de su muerte se tendrá por hecha la mejora si la promesa se hubiere hecho por un contrato oneroso con un tercero ó por título de matrimonio. Igual validez tendrá la promesa de no mejorar á ninguno de los descendientes; mas para que surta efecto, deberá haber sido otorgada en escritura pública. Sin embargo, si la promesa de no mejorar fué hecha en favor de uno ó mas de los herederos, y no en el de todos, no tan solo podrán ser mejorados aquel ó aquellos á quienes hubiere sido hecha, sino tambien los demas, siempre que con esto no sufra detrimento lo que deberia percibir el mejorado, si no hubiera habido mejora. Así opinan, Castillo, Palacios Rubios, Acevedo y Serna y Montalban que los citan; y aunque estas doctrinas no están establecidas espresamente en la ley, si se deducen de su espíritu y de su recta interpretacion.

Digitized by Google

Segun la ley 11 tít. 6º libro 10 de la Nov. Recop., que es la 11 título 6 libro 5 de la Recopilacion y 27 de Toro, los mejorantes pueden poner gravámenes y condiciones á las mejoras que hicieren á sus herederos descendientes. Y la razon es bien sencilla: las mejoras no son parte de la legítima de los mejorados, es decir, no son cosas que la naturaleza, la razon y las leyes mandan, sino que el derecho civil permite; no forman ántes de hacerse, y aun de morir el que las hace, parte de la propiedad de los mejorados, y por lo mismo se les pueden condicionar ó gravar, como que son gratuitas. Solo al propietario no puede condicionársele su propiedad, y solo el propietario puede condicionarla al desprenderse de ella. Por eso los mejorantes ó testadores, pueden condicionar las mejoras. Por eso los mejorados no tienen derecho para impedir que las mejoras les sean dadas con ó sin condiciones. Y por eso los mismos mejorados, cuando ya las mejoras no pueden revocarse, tienen derecho á impedir que se les condicionen, pues entónces ya son propietarios.

Con el mismo derecho con que se pueden gravar ó condicionar las mejoras, pueden hacerse simples y puras; cuya distincion forma otras dos clases de ellas.

La materia de la mejora solo puede ser la parte libre de que los testadores pueden legalmente disponer á su voluntad. Conforme á la ley 8ª tít. 20 libro 10 de la Nov., que es la 12 título 6 libro 5 de la Recopilacion y 28 de Toro; y á la 2ª tít. 6º del mismo libro y código, que es la 2 título 6 libro 5 de la Recopilacion, y 18 de Toro: conforme á estas leyes, decimos, pueden los ascendientes mejorar á sus descendientes en el tercio y quinto, pues segun ellas son los bienes de que libremente pueden disponer; advirtiendo que igual libertad tienen respecto del quinto para dárselo á la persona que les plazca, ó invertirlo en los objetos que mejor les parezca; mas del tercio solo pueden hacerlo en favor de sus descendientes.

La ley 1ª tít. 20 libro 10 de la Nov. que es la 1 título 8 libro 5 de la Recopilacion, y 6 de Toro, concede á los descendientes disponer libremente del tercio de sus bienes, cuando solo tengan

Digitized by Google

por herederos forzosos á sus ascendientes: y porque solo de esto les permite tal libertad, creemos que cuando los descendientes quieran mejorar á sus ascendientes, solo puede formar la materia de tales mejoras el tercio.

Así es que la materia de las mejoras, cuando los testadores son ascendientes, puede ser solo el quinto, solo el tercio, ó ambos; y cuando los testadores son descendientes solo pueden estar formadas del tercio de los bienes: y esto incluye una notoria injusticia; pues se hace de mejor condicion á los herederos ascendientes, que á los descendientes, como quiera que tratándose de éstos, el testador puede disponer del tercio y del quinto; y tratándose de los primeros, el testador descendiente solo tiene libertad para disponer del tercio, con lo que se hace mejor la condicion del ascendiente que la del descendiente, cuando al ménos deben ser iguales. De aquí resulta que opinemos como opinamos porque á pesar de lo dispuesto en la ley 1ª tít, 20 lib. 10 de la Nov., antes citada, el testador descendiente así como el ascendiente puede disponer ademas del quinto, del tercio de sus bienes.

Cuando á la existencia de la mejora ha precedido algun motivo que determine la voluntad del mejorante, como la distincion en el cariño, algun servicio particular, algun contrato ó compromiso, &c. &c., la mejora se llama *causal;* y cuando no ha habido para que sea hecha, causa alguna, al ménos cuando no se ha espresado por el testador, se llama *mejora simple* ó meramente *voluntaria.*

PARRAFO II.

¿Cuál es el orígen histórico-legal de las mejoras?

Los Señores Serna y Montalban y Escriche, se espresan así sobre este particular: "Una ley antigua que, sin duda seria del rey Eurico, permitia á los padres y abuelos disponer libremente de sus

Digitized by Google

bienes aun á favor de personas estrañas; pero observando el rey Chindasvinto que algunos dispendian mal sus cosas *vel causa luxuriæ vel ejusdem malæ voluntatis assensu*, dándolas á personas estrañas y quitándolas sin razon á los hijos y á los nietos, derogó la antigua ley por la 1ª tít. 5º libro 4º del Fuero Juzgo, mandando que en adelante ni los padres ni los abuelos pudiesen hacer de sus cosas lo que quisiesen, ni desheredar por culpas ligeras á los hijos ni á los nietos; mas que si querian mejorarlos no lo pudieran hacer sino en el tercio de sus bienes, fuera de la quinta parte de estos, de que podrian disponer á favor de la iglesia ó de otros lugares."

"Esta disposicion de Chindasvinto relativa á las mejoras, fué proscrita enteramente por los Fueros municipales y el viejo de Castilla; pero volvió á ser sancionada en el Fuero Real, disponiéndose en la ley 9ª tít. 5º lib. 3º, que ninguno que tuviere hijos ó nietos ú otros descendientes con derecho de heredar, pueda mandar ni dar á su muerte mas de la quinta parte de sus bienes; y que si quisiere mejorar á alguno de sus hijos ó nietos, pueda mejorarlos en el tercio de sus bienes sin la quinta sobredicha que pueda dar por su alma ó á quien quisiere y no á ellos."

"Separáronse las Partidas de lo dispuesto por ambos fueros, revocando las disposiciones del derecho comun en la ley 17 tít. 10 de la Partida 6ª; y las leyes de Toro restablecieron las de los Fueros Juzgo y Real, regularizando con mas estension la institucion de las mejoras."

Solo agregarémos nosotros una palabra á lo dicho por tales y tan respetables autores. Dirémos que las leyes de los Fueros citados, dicen que el quinto "pueda darlo el ascendiente," por su alma ó á quien quisiere y no á ellos, ó á los hijos ó nietos; y la ley 8ª tít. 20, libro 10 de la Nov., que es la 28 de Toro dice: "se entiende que por tales leyes no puede mandarse á los hijos ó nietos *mas del quinto* por mejora:" así es que á nuestro ver ésta deroga á aquellas.

Digitized by Google

PARRAFO III.

Las mejoras conforme á la razon, á la naturaleza, á la propiedad y al derecho de heredar ¿deben ó no existir?

"Para apreciar en su justo valor, dice el Febrero Novísimo mexicano, la utilidad de esta institucion, basta considerar el grande influjo que en la sociedad de las familias ejerce, y el importante oficio de la autoridad paterna, de esa magistratura doméstica que en muchos casos vendria á ser ilusoria, si la ley no pusiese en su mano sábiamente los medios para premiar las virtudes ó castigar los vicios de sus hijos. Es cierto que el padre tiene la facultad de desheredar cuando aquellos incurren en algunas de las justas causas que señalan las leyes; pero esto no basta, porque hay defectos que merecen castigo, y que sin embargo no son causa suficiente para la desheredacion. Las mejoras, pues, llenan hasta cierto punto semejante vacío: y este fué el objeto que el legislador se propuso al instituirlas."

El Febrero de Tapia nada dice sobre el particular.

Los señores Serna y Montalban en sus Elementos de derecho civil y penal de España sec. 5ª tít. 10 lib. 3º se espresan así: "Los legisladores, al conceder á los ascendientes, la facultad de mejorar á sus descendientes, pusieron en sus manos el medio de premiar sus servicios, cuidados y hasta las afecciones de los unos; de castigar la ingratitud y tibieza de los otros; y de poder atender á los que por circunstancias particulares tenian mas necesidad de su solicitud paternal. Tuvieron ademas presente otro principio: frecuentemente los hijos ya cuando constituyen familia separada, ya con otros motivos diversos, perciben con anticipacion parte del caudal de los ascendientes: en estos casos son tambien muy útiles las mejoras para equilibrar las legítimas, y conservar la igualdad entre los hijos.

Escriche en su Diccionario de Legislacion palabra "mejora," se

Digitized by Google

esplica sobre el particular de esta manera. "Tienen pues los padres en su mano los medios de atender á los méritos y necesidades de cada uno de sus hijos, esto es, de premiar los servicios, cuidados y hasta las afecciones de los unos, y de castigar las ingratitudes y tibieza de los otros; pues si bien pueden desheredar á los que incurren en alguna de las justas causas que señala el derecho, hay sin embargo defectos que merecen castigo y no son causa suficiente para la desheredacion; y virtudes que merecen premio ó necesidades mayores ó menores á que no puede ménos de atender un buen padre de familias: y no podrian recompensar aquellas, ni remediarse estas sin las mejoras."

Murillo, sin ocuparse de las ventajas ó desventajas de la institucion de las mejoras, solo nos dice de qué parte de las herencias deben sacarse, como puede verse en el número 243 tít. 26 de su obra, fólio 540 lib. 3 Decretalium.

Las razones espuestas por los autores citados relativas á la bondad y conveniencia de la institucion de las mejoras, tienen por objeto manifestar que con la facultad de mejorar, se pone en manos del testador el medio para castigar ó premiar las buenas ó malas acciones de los herederos. Porque en efecto, ¿con qué se premiaria la virtud en el caso nada remoto, de que aun no habiendo hijos declaradamente perversos, sí los hubiera mas ó ménos respetuosos, sumisos, obedientes y amantes de sus padres? ¿No es cierto que éstos desearian para premiar al hijo mejor y estimular á los ménos buenos, tener facultad civil para recompensar al uno sin deprimir á los otros? ¿No es tambien cierto que todo esto se consigue teniendo el testador la facultad de mejorar? Sin embargo de todas estas observaciones debemos, en obsequio de la justicia, de la naturaleza, del derecho de heredar y de los principios generales del derecho de propiedad, decir: que las mejoras léjos de conseguir el objeto de su institucion, solo son el medio mas á proposito para herir la susceptibilidad é injuriar el amor propio de los hijos no mejorados: y nadie ignora que el amor propio ofendido léjos de convencerse, con la injuria ó el menosprecio se exaspera: con las mejoras, se empeora la situa-

Digitized by Google

cion doméstica de los mejorados, y con la de ellos, la de toda la familia, en que se fundan y desarrollan las disensiones, los choques, la envidia, el desprecio y aun el odio; en una palabra, con las mejoras se destruyen los mas hermosos vínculos domésticos y civiles de la amistad, los fraternales. Las mejoras pues, van en contra de los principios sociales y de las miras del legislador y de los testadores, al conceder y usar la facultad de mejorar. Pero supongamos falso lo espuesto, y aun entónces encontrarémos que las leyes que conceden la facultad de mejorar son injustas, porque atacan la propiedad de derecho que tienen los herederos para percibir, á la muerte del testador ascendiente ó descendiente, el todo de los bienes de éste, y que forman sus legítimas, las que como verémos en el capítulo final de esta parte, no son creadas sino reconocidas, reglamentadas y garantidas por la ley civil, pues ellas deben su ser al derecho natural y no á la invencion humana.

Por otra parte: aun suponiendo que las legítimas fueran creaciones meramente civiles, las mejoras serian injustas aunque permitidas por la ley. En efecto, segun Murillo en el lugar citado: "*in nostra enim Hispania legitima descendentium sunt omnia parentum bona, quinta bonorum parte deducta quam hispane dicimus:* El quinto." Y se apoya en la ley 9 tít. 5, lib. 3 for. Leg.

Segun Serna y Montalban en la obra citada sec. 2ª núm. 3 párrafo 1º lib. 3º: "Los descendientes legítimos son herederos forzosos en las cuatro quintas partes de los bienes del difunto;" y se apoyan en la ley 8ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. R.

Escriche en su Diccionario de legislacion, palabra "Legítima de los descendientes," se espresa así: "Pero ya ántes de las Partidas estaba arreglada por la ley 1ª tít. 5º lib. 4º del Fuero Juzgo, y por las leyes 9 tít. 5º, y 7 tít. 12 lib. 3 del Fuero Real la legítima de los hijos cualquiera que fuese su número; á las cuatro quintas partes de la herencia, de suerte que no podian disponer libremente los padres sino del quinto de sus bienes, y las leyes de Toro, especialmente la ley 28, confirmaron las citadas leyes del Fuero Real, prohibiendo á los que tuvieren hijos ó descendientes legítimos el dejar

Digitized by Google

á ninguno de ellos, por via de mejora en perjuicio de los otros ni á los estraños, mas del quinto de sus bienes en vida ó en muerte, y dejando así sin efecto, sobre legítimas, las leyes de las Partidas."

Y no se crea que todas las leyes españolas han permitido á los testadores minorar las legítimas de sus hijos, para mejorar á uno ó mas de ellos, no: pues por el contrario vemos en el Ensayo histórico-crítico sobre la legislacion española, publicado por el Dr. D. Francisco Martinez Marina, que: "aunque la ley 1ª tít. 5º lib. 4º del Cód. Wisog, otorgaba facultad al padre ó abuelo para mejorar al hijo ó nieto en el tercio de su haber, los nuestros la abandonaron en este punto, decretando una total igualdad en las sucesiones y herencias de bienes raices y aun de los muebles, esceptuando algunos en ciertos casos de que hablarémos adelante; tan léjos estuvieron de adoptar nuestras sustituciones y mayorazgos. "Por estas avendichas razones, dice la ley 27, cap. 10 del Fuero de Cuenca, copiada en los de Baeza, Plasencia y otros, mandamos que nin padre nin madre non hayan poder de dar á alguno de sus fijos más que á otro, nin sanos, nin enfermos, mas todos igualmente tomen su parte, asi en mueble como en raiz." Y el de Alcalá: "padre ó madre que mandamiento ficiere á fijo ó á fija, á nieto ó nieta non preste." Y el de Fuentes: "padre ó madre seyendo sanos ó enfermos non hayan poder de dar mas á un fijo que á otro, si á los otros non plogiere." El Ordenamiento de las Córtes de Nájera tít. 52, Fuero viejo, ley 4ª tít. 2º lib. 5º, y ley 6ª tít. 3º del mismo libro, mandan, que: "despues que fueren alechigados de enfermedad nin a la hora de la muerte non pueden dar a un fijo mas que a otro ninguna cosa, salvo el quinto de todos sus bienes que puede dejar por su alma....." A mediados del siglo XIII se alteró notablemente esta legislacion, y el Fuero de Soria ya da facultad á todos los parientes para mejorar á algunos de sus hijos en la cuarta parte de su haber; y el Fuero de las leyes restableció la ley gótica, admitiendo en ella la mejora en el tercio. Ley 1ª tít. 5, lib. 3º"

El Fuero de Cuenca ley 22 cap. 10, acuerda con esta diferencia la ley 125 de los Fueros de Burgos, dice así: "Esto es Fuero que

Digitized by Google

padre ó madre dant á fijo heredat ó ropa en casamiento ó cosederas, ó sábanas ó otra tal ropa, ó sechas, ó otra ropa que sea de yacer, et hobiere otros fijos et otras fijas que sean de tiempo é non otorgaren ó non sean de edat para otorgar; et bien á tiempo que muere el padre no la madre, é demandan los otros fijos que aduga la heredat á particion ó la ropa; et si non entregase cada uno desennos tantos si han de que; et si non hobiere de que, aduga la heredat ó la ropa á particion cual fuere usada..... *Ca non puede dar padre nin madre mas á un fijo que á otro mas de cinco florines.*" Esta ley se estendió con muchas adiciones en el Fuero viejo, ley 6ª tít. 3º lib. 5º La del Fuero de Alcalá es algo diferente: "Padre ó madre que filio varon hubieren á casar, cuanto costaren los vestidos é la boda despues que muriese el padre ó la madre, los hermanos entreguense cada uno en la medietad. Padre ó madre qui filia casaren, el assuar quel dieren si fore apreciado, é moriere padre ó madre, entreguense á los hermanos cada uno en la medietad é cuando muriere el otro pariente, entreguense los hermanos cada uno en la otra medietad..... et si mal metido lo hobiere é non lo hobiere, quanto valie el dia que lo levó tanto se entreguen los hermanos, et esta entrega sea del moble; et si non hobiere moble, exeat de la raiz."

Segun estos autores y las distintas leyes que citan y aun trascriben, y otras muchas disposiciones y doctrinas que seria muy difuso aun mencionar; la legítima siempre ha sido formada ó de todos los bienes del testador, ó al ménos de las cuatro quintas partes; y á estas han por lo mismo tenido siempre derecho los herederos descendientes. Cuando, pues, otra ley ha permitido á los ascendientes mejorar á alguno ó algunos de sus descendientes en el tercio y quinto de sus bienes, les ha autorizado para defraudar parte de las legítimas ó al ménos para minorarlas con perjuicio de los á quienes se les disminuyen, haciendo respecto de éstos una desheredacion parcial, cuando esta clase de desheredaciones están prohibidas por el mismo derecho que manda sean totales. Debiendo advertir que tal sucede porque de lo que se deshereda no es de la herencia sino del derecho de heredar y este es indivisible: así es que, porque comprende á toda

Digitized by Google

la herencia, de toda ella debe desheredarse. Sin embargo de esto, con las mejoras se les priva de parte de su herencia y se les ataca ese derecho á heredar toda su legítima. Las mejoras son, pues, injustas, irracionales, ilegales, antinaturales, y opuestas al derecho de heredar, á la propiedad y á los principios del derecho en general, que prescriben el respeto á la propiedad. Así es que no deben existir, y tal sucederá cuando los testadores sepan cumplir sus deberes.

Segun la ley de 10 de Agosto de 1857 en su artículo 14 "todo testador puede disponer del quinto en favor de estraños, cuando dejase descendientes legítimos ó legitimados por matrimonio; del tercio cuando solo dejase ascendientes ó hijos naturales reconocidos; ó de la mitad quedando hijos espúrios reconocidos."

Por el artículo 15 de la misma ley: "Las mejoras de tercio y quinto subsistirán con las restricciones siguientes: primera, no podrán hacerse las dos mejoras á una misma persona; y si se hicieren, solo subsistirá la del quinto; y segunda, si hubiere hijos de diversos matrimonios, ninguna de las dos mejoras podrá recaer en los del último, si han sido hechas en testamento otorgado en vida del padrastro ó madrastra."

Por el artículo 16 de la precitada ley: "cuando haya descendientes legítimos ó legitimados por matrimonio, no se podrá mejorar á los hijos naturales ó espúrios, ni á sus descendientes; ni á los espúrios ni á sus descendientes, cuando existan hijos legítimos ó legitimados por matrimonio ó naturales reconocidos, ó descendientes de ellos." Y por el artículo 17 de la misma disposicion legal y á fin de evitar por una parte que los testadores pretendan burlar lo mandado por esta ley y por otra que ocasionen litigios entre los herederos, se prohibe á los escribanos que en las copias que dieren de los testamentos otorgados ante ellos, dejen hojas en blanco rubricadas de su puño, y se declara que no tendrá valor alguno lo que aparezca en las dadas ya, si no es que el testador haya fallecido ántes del dia dos de Junio." Del mismo año de 1857.

Digitized by Google

PARRAFO IV.

¿Quiénes pueden hacer mejoras y cómo?

Toda persona que puede testar, puede hacer mejoras cuando y cómo en nuestra legislacion por desgracia se les permite. Mas como la mejora es lo que escede de la legítima y esta solo compete á los descendientes ó ascendientes ó colaterales del testador, para éstos están especialmente concedidas por las leyes que en sus respectivos lugares hemos tenido cuidado de ir citando y estudiando. Tambien pueden y con mayoría de razon y sin los inconvenientes que presentan si se trata de herederos forzosos ó legítimos, hacerse las mejoras por los testadores, cuando éstos instituyan de herederos, por no tener otros, á los estraños; pues como que entónces todo es gratuito, puede darse mas á esta que á otra persona. No solo pueden mejorar, sino, conforme á la ley 3ª tít. 6º lib. 10 de la Nov. R., que es la 3ª tít. 6º lib. 5 de la R. y 19 de Toro, designar los bienes en que quieren consista la mejora: si los designaren, estos deben entregarse; y si no los designaren serán de la naturaleza y clase que las hechas á los demas herederos, segun la ley 4ª tít. 6º lib. 10 de la Nov. R. que es la 4ª tít. 6º lib. 5 de la R. y 20 de Toro. Aun á los que pueden hacer testamento hay casos en que las leyes civiles les prohiben mejorar; mas como estas prohibiciones mas bien son hechas por las personas mejoradas y circunstancias en que se encuentren, nos ocuparémos de ellas para evitar la confusion en las ideas y no alterar el método que nos hemos propuesto seguir, en el párrafo siguiente.

Solo dirémos: que á la mujer casada se le prohibe hacer mejoras de los bienes que sean comunes al matrimonio, mas no de los libres propios de ella; y que, segun las leyes 3ª tít. 6º lib. 10 de la Nov. R. que es la 3ª tít. 6.º lib. 5º de la R. y 19 de Toro, y

Digitized by Google

la 1ª tít. 19 lib. 10 de la Nov. que es la 5ª tít. 4º lib. 5.º de la R. y 31 de Toro, á nadie se permite hacer mejoras por medio de apoderado sino con espresa facultad para esto; y tal apoderado no puede designar la cosa en que ha de consistir la mejora, concedánsele las facultades que se quieran; pues solo el padre, ó al ménos nadie como él, conoce las necesidades de sus hijos, debe procurar cubrirlas, y puede consignar la cosa en que consista tal mejora que en cuanto sea posible no perjudique doblemente á los hijos no mejorados.

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos del 652 al 665, dice: "Los padres y ascendientes pueden disponer en vida ó en muerte en favor de cualquiera, aunque sea estraño, de todo lo que no sea legítima rigorosa de sus hijos y descendientes, segun lo dispuesto en el artículo 642. Los padres y ascendientes pueden ademas disponer en favor de su cónyuge en usufructo: 1º, de la cuarta parte de la legítima del hijo, si queda uno solo ó descendientes que le representen: 2º, de un quinto de la legítima, si deja dos ó mas hijos ó descendientes que le representen.

Si el testador deja solo ascendientes, cualquiera que sea su número, puede disponer hasta de la mitad de su herencia en propiedad á favor de su cónyuge. El cónyuge binubo no gozará de la facultad concedida en este artículo. Pueden ademas los padres y ascendientes disponer en favor de cualquiera de sus hijos y descendientes, hasta del duplo de una doble porcion de la legítima correspondiente á cada uno de los primeros. Esta doble porcion se llama mejora. En la mejora del duplo se observará lo dispuesto en el artículo 643 sobre la legítima en general. El quinto disponible á favor de estraños se sacará de los bienes con preferencia á la doble porcion, si el mejorante no ordenare lo contrario; pero no podrá ordenarlo cuando hubiere dispuesto ántes é irrevocablemente del primero. Ninguna donacion, sea simple ó por causa onerosa, en favor de hijos ó descendientes que sean herederos forzosos, se reputa

Digitized by Google

mejora, si el donador no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar. Ademas, para ser válida la declaracion, ha de espresarse en ella si la mejora es de la parte disponible á favor de estraños, ó de la legítima disponible entre hijos, ó de ambas. La promesa de mejorar, hecha por causa onerosa en escritura pública, con la especificacion prescrita en el artículo anterior, y aceptada por aquel á quien se hace, equivale á mejora. Si la promesa fuese de no mejorar, y se hiciese en escritura pública, será nula toda mejora que se hiciese en contravencion de ella. Lo dejado en testamento se reputa mejora, aun cuando el testador no lo haya espresado. Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos. El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de ésta no esceda de la medida legal de aquella; pero no podrá cometer el señalamiento á otro alguno, ni aun al mismo mejorado. Lo determinado en este artículo comprende tambien la mejora del quinto hecha en favor de un estraño, y deja á salvo la facultad concedida en el artículo 900.

La facultad de mejorar no puede cometerse á otro. Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo ó viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto. Cuando no fué señalada la mejora en cosa cierta, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose en lo que puedan tener aplicacion, los artículos 908 y 909. El hijo ó descendiente legítimo mejorado puede renunciar la herencia y admitir la mejora que le fué hecha entre vivos, pero no la hecha en testamento."

El Código francés en su artículo 1,094; el napolitano en el 1,049, y el de la Luisiana en el 1,739, están conformes con el español en los artículos trascritos.

Digitized by Google

PARRAFO V.

¿A qué personas pueden hacerse las mejoras?

Los descendientes legítimos sin órden alguno, pueden ser mejorados en tercio y quinto por sus ascendientes, conforme á las leyes 2ª y 3ª tít. 6º, y 8ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. Recop., pues conforme á ellas se practica, aunque en nuestro concepto, son totalmente contradictorias las referidas leyes 3ª y 8ª, pues miéntras ésta prohibe sacar mas que el quinto, la 3ª permite sacar tercio y quinto.

Con objeto de evitar las prodigalidades paternas, al contraer las hijas matrimonio, la ley 6ª tít. 3º, lib. 10 de la Nov. Recop., prohibe que puedan ser mejoradas tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, é invalida la promesa que se las haga de mejorarlas por vía de dote ó casamiento; mas permite las mejoras que se las dejen en testamento, no siendo hechas en fraude de la misma ley.

Ni en ésta, ni en los muchos autores que hemos tenido á la vista para escribir esta obra y estudiar la materia, hemos podido encontrar las reglas á que debemos atenernos para saber cuándo, las mejoras hechas en testamento á las hijas, son ó no en fraude de la mencionada ley.

En su lugar respectivo vimos que las mejoras pueden hacerse tambien por simples promesas y aun más todavía, que podia ofrecerse á uno ó mas de los hijos no mejorar á los demas.

Si á las hijas puede hacerse la misma promesa de no mejorar á los demas hijos, y si con esta oferta de alguna ó de ninguna manera se las mejora, es cuestion que se debate entre autores tan respetables por su saber, tino, aplomo, esperiencia é independencia para pensar, como Sala, Febrero, Gutierrez, Acevedo, Serna y Montalban, Gorozabel y otros. De éstos, varios como Febrero, Sala, Ser-

Digitized by Google

nz y Montalban y Gorozabel, opinan que sí puede hacerse por el padre á la hija tal promesa; pues que no por eso se la mejora, que es lo que está prohibido por la ley. La razon fundamental de sus doctrinas es, que en este caso "lo que únicamente se hace por el padre es asegurar á su hija la conservacion de su legítima lata, con lo cual no puede decirse que se la mejora, sino que se la hace de igual condicion con sus hermanos."

Los otros autores citados, opinan en contrario, y de ellos Gutierrez afirma, que si valiese tal promesa hecha por el padre á la hija, de no mejorar á los demas hijos, tácitamente la mejoraria á ella; lo que está prohibido por la repetida ley 6ª recopilada y por la 8ª del mismo título y libro.

La opinion y doctrina de Gutierrez nos parece mas sólida y conveniente y por eso nos adherimos á ella.

En efecto: si el testador, como no hay duda, puede disponer libremente del quinto de sus bienes conforme á la ley 8ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. Recop., es claro que la legítima de sus hijos está formada por esta ley, de las cuatro quintas partes restantes; y si el testador ademas del quinto, piensa disponer del tercio de sus bienes, como no hay duda que puede hacerlo, pues la ley 2ª tít. 6º lib. 10 de la Nov. se lo permite. es indefectible que, rigorosamente hablando, solo puede llamarse legítima de los hijos conforme á estas leyes, las dos terceras partes de los cuatro quintos del capital del testador. Ahora bien: cuando éste promete á su hija no mejorar á sus otros hijos, la ofrece no hacer mejoras; mas claro, no usar del derecho que tiene para mejorar. Es decir, promete que la legítima de sus hijos é hija se formará de las cuatro quintas partes de su capital, ó de todo este, si aun del quinto ofreciere no usar libremente ni aun á favor de sus hijos. La renuncia del derecho de mejorar es evidente que trae por consecuencia y tiene por objeto, mejorar ó aumentar la legítima; como quiera que, por una parte, evita que sea formada de solas dos terceras partes de las cuatro quintas del capital repartible; y por otra consigue montarle á una tercera parte mas, es decir, á los cuatro

Digitized by Google

quintos completos, y aun á un quinto mas, el del todo del capital, si ni aun de éste dispone el testador segun su oferta.

De aquí resulta que aunque con la promesa de no mejorar uno ó mas de sus hijos, respecto de la hija, no se mejora á ésta respecto de aquellos, pues no se la hace de mejor condicion que á ellos, siempre se la mejora, pues se la aumenta su legítima no haciendo las mejoras. Y si se supone, vistas las citadas leyes, como se debe hacer, que la legítima rigorosa de los hijos está formada de solas las dos terceras partes de los cuatro quintos del capital, se palpa y evidencía que no se mejora la legítima de la hija y las de los otros hijos, sino que simplemente se mejora á la una y á los otros, con no mejorar á ninguno respecto de los demas, pues la legítima es la misma y lo que la escede es mejora. Un ejemplo aclarará mas estos conceptos. A, es padre de dos hijos y uno de estos es mujer: al hacer testamento, ve que tiene de capital treinta mil pesos; piensa hacer mejoras de tercio y quinto, y hace su cuenta de esta manera: el quinto de treinta mil pesos son seis mil; rebajados del capital, este se reduce á la cantidad de veinticuatro mil pesos; tercera de esta cantidad, son ocho mil, que rebajados del capital, lo reducen á la cantidad de diez y seis mil. Este capital es mi voluntad que se divida por partes iguales entre mi hijo B. y mi hija C. Mejoro al primero en el tercio y quinto de mis bienes, es decir, ademas de sus ocho mil pesos de legítima, le dejo catorce mil de mejoras. Sabido por la hija que su padre piensa hacer mejoras, le pide que no las haga; y él, por los motivos que se quieran suponer, accede á los deseos de su hija y se compromete á no mejorar al que hoy tiene ni al póstumo que le puede sobrevenir. En virtud de esta promesa el padre hace su testamento, instituyendo por sus únicos, universales herederos, por partes iguales, á su hijo B. y á su hija C: así es que, á ésta ya no le tocan ocho, sino quince mil pesos de legítima. ¿Se ha mejorado la suerte de esta hija respecto de la que le tocaba ántes cuando se pensaba hacer mejoras? Claro que sí, y no por eso ha sido hecha mejor su condicion que la de su hermano, sino que han quedado igualados, que es el argumento favorito, el caballo de bata-

Digitized by Google

lla, por decirlo así, de los autores que opinan porque puede hacerse por el padre tal promesa, dando por razon que no mejora por eso á la hija.

"Sin embargo de que, como hemos visto, dice Febrero, á las hijas lejítimas no pueden sus padres mejorarlas, cuando no tengan los testadores hijos legítimos y solo sí naturales y una ó mas hijas tambien naturales, es comun sentir de los autores que sí pueden los padres mejorarlas por via de dote: 1.° porque la ley que lo prohibe habla de las hijas legítimas y no de las naturales: 2.°, porque á estas no se debe como á aquellos, la legítima, ni son herederos de su padre, aun contra su voluntad, sino del quinto por alimentos; 3º, porque no teniendo los hijos naturales facultad como los legítimos de revocar la donacion ilimitada que haga el padre de todos sus bienes, mucho ménos la tendrán para revocar la mejora que es limitada: y así, ningun perjuicio se sigue al hermano natural de la mejora en caso de haberla." Mas esta doctrina no tiene lugar entre nosotros, supuesta la ley de 10 de Agosto de 1857, pues concede los derechos que hemos visto en su respectivo lugar, á los hijos naturales.

PARRAFO VI.

¿Cuándo, cómo, en qué términos é instrumentos deben hacerse las mejoras?

Entre vivos ó por causa de muerte, simplemente ó bajo de condiciones y aun gravámenes, y por medio de escrituras públicas de contratos ó en las de testamentos, ó en cualesquiera otras de últimas voluntades, se pueden y deben hacer las mejoras, cuando se piensan hacer. Y como de todas estas cosas hemos hablado en el párrafo primero de este capítulo al tratar de las diferentes especies, naturaleza y efectos de las mejoras, á esto nos referimos ya por evitar repeticiones, y ya porque nos impide entrar en mas pormenores el carácter elemental de esta obra.

Digitized by Google

vis enim visuitatis teneantur parentes instituere filios nom tamen est hæc bligatio adeo ó indispensatilis, ut semper et ubique adimplenda sit: siquidem parentes posunt aliquando liberos exhæredare: hoc est, eos hæreditate jure debita privare." Lib. 3º Decret. tít. 26 núm. 242.

La ley 1ª tít. 7 de la Partida 6ª define la desheredacion de esta manera: "Desheredar es cosa, que tuelle a ome el derecho que auia de heredar los bienes de su padre, o de su auelo, o dotro qualquier quel tenga por parentesco."

PARRAFO II:

¿Quién puede desheredar?

Todo aquel que tiene facultad de testar, ó sea de manifestar cuál es su última voluntad, tiene la de desheredar, pues el que tiene dominio puede usar de él como le parezca, supuesta la ley, la justicia y la verdad del motivo por que obra. La ley 2ª tít. 7º Partida 6ª dice sobre este particular, que: "Todo ome que pueda facer testatamento, ha poder de desheredar a otri de sus bienes."

PARRAFO III.

¿A qué personas puede desheredar el testador?

Siendo como es, desheredacion, el acto de privar á otro de su derecho de heredar, y existiendo tal derecho solo en las personas que llamamos herederos, es claro que solo en estos puede hacerse la desheredacion, ó que solo ellos pueden ser desheredados.

Tambien nos lo dice así la ley 2ª título y Partida citada, en estas palabras: "otrosi dezimos que todos aquellos que descienden. . . E aun todos los otros que suben por la liña derecha, pueden ser desheredados. . . . E todos los otros parientes que son en la liña

Digitized by Google

de traviesо."—Y lo mismo nos dicen las leyes 3, 11 y 12 del título y Partida citada. Por lo que hace á la exclusion de heredar *ab intestato* en que los herederos de esta clase pueden ser comprendidos, lo verémos al hablar de ellos en el capítulo quinto de la tercera parte de esta obra, pues aquí solo debemos indicar esta materia para no alterar el método.

Aun los herederos voluntarios y sin parentesco con el testador, pueden ser desheredados por este, dicen Mantica Paulo núm. 5 y Pichardo núm. 10 *ext pater* 44 *ff de hæredibus instit*, en estas palabras: "*et licet extranei aliquando exhæredentur, intelligendum est; si eorum institutio præcederet.*" Cuyos autores son citados por Carpio en el núm. 2 cap. 9 lib 2 de su obra de *execut. testam.*

CONCORDANCIAS.

El heredero forzoso puede ser desheredado por alguna de las causas espresadas por la ley; dice el art. 666 del Código español. El francés en su artículo 721 es inconsecuente consigo mismo en el 730; pues en el primero fija las causas de indignidad para heredar; en el segundo declara que alcanzan al hijo del testador; y sin embargo el mismo Código rechaza la desheredacion. Con el Código español y con nuestra legislacion están conformes los artículos 849 del napolitano; el 584 del de Vaud; el 758 del sardo; el 1612 del de la Luisiana; el 768 del austriaco; y el 17 cap. 3 lib. 3 del bávaro.

PARRAFO IV.

¿Por qué motivos pueden hacerse las desheredaciones?

Como los desheredados, segun hemos visto en el párrafo anterior, pueden ser los herederos descendientes, ascendientes y trasversales del testador, y para cada clase de ellos ponen las leyes distintas causas ó motivos, á fin de evitar la confusion en esta importante materia, la tratarémos en los puntos siguientes.

Digitized by Google

PUNTO I.

¿Por qué motivos pueden ser desheredados los descendientes del testador?

Como no es el testador á quien compete fijar estos motivos ni decir de su justicia, como nos dice Heineccio, pues que podrá fácilmente equivocarse, tal vez guiarse por miras cuya mencion resiste la pluma, y careceriamos así de una regla á que sujetarnos, y que dejara espedito su derecho al desheredado para vindicarse; las leyes civiles, únicas que han otorgado tal derecho, son las á que tenemos que recurrir para saber lo que deseamos. Justiniano en su Nov. C. XV. cap. III señaló los catorce siguientes. Primero: injuria grave, á saber, de palabra; por ejemplo, si el hijo dijera al padre que es un malvado. Segundo: injuria de hecho, como cuando el hijo pone las manos en su padre, golpeándole ó azotándole &c. Tercero: si pusiere asechanzas á su vida. Cuarto, si delatase al padre ante el magistrado, como por ejemplo, por haber defraudado al fisco y el padre sufriere por ello algun daño. Quinto: si el hijo tratase con los hechiceros para seguir su profesion. Sesto: si impide al padre testar, lo cual es tan odioso, que aun á los estraños se les quita la herencia por este motivo, como indignos de ella. Ley 1ª Párr. 12 y ley 4ª ff. *Si quis aliqui test. proh.* Sétimo: si alguno desatiende á su padre furioso, y no le toma bajo su cuidado. Octavo: si no le saca del poder de sus enemigos pagando el rescate. Noveno: si el hijo se hace herege. Décimo: si el hijo acusa al padre de delito que merezca pena de muerte, escepto el de lesa magestad, pues estando ordenado que se castigue este crimen aun en los que callan, no se puede atribuir, dice el autor citado, á vicio que prefiera el hijo su bien al de su padre. Por lo demas, continúa el autor, se deja conocer que esta causa no comprende á las mugeres, pues estas no pueden acusar, porque se los prohibe la ley 8ª ff De acus. Undécimo: si el hijo tuviere trato ilícito con su madrastra, cuya cau-

Digitized by Google

sa ó motivo parece lo tomó Justiniano del Génesis cap. 49 verso 34, donde consta que Jacob escluyó por este delito á su hijo primogénito Ruben del reinado y del sacerdocio. Duodécimo: si el hijo se hacia mimo ó farsante cotra la voluntad de su padre; lo cual hoy dia se aplica malamente á los cómicos, pues los mimos eran infámes. L. 1ª ff. *De his qui not infam.*; y nuestros cómicos frecuentemente viven con estimacion, y muchas veces no se envilece el honor de los padres porque sus hijos escojan este género de vida. Décimotercio: si el hijo, teniendo en la cárcel á su padre no quiere libertarle, afianzando por él; cuya causa ó motivo solo comprende á los hijos varones y no á las mugeres, á quienes se las prohibe afianzar por otro, por el Senado-Consulto Veleyano L. 11 parr. 12 ff. *De S. Cto. Veley.* Y décimocuarto: si la hija se hace ramera; mas no basta que haya sido estuprada, sino que se requiere que comercie con su cuerpo, y aun no basta esto, sino que tambien exigen las leyes que sea menor de edad y que el padre la haya ofrecido dote y haya querido colocarla. Entónces sí no cabe duda en que si prefiere ella la disolucion á la honestidad, con razon se la considera indigna de la herencia y digna de ser desheredada.

El sábio rey D. Alonzo, que con poquísimas escepciones formó su código de las Siete Partidas, por lo que hace á la materia de testamentos, de la simple traduccion del derecho romano, pone por motivos suficientes para que el padre desherede á sus hijos, los mismos que hemos copiado de las Recitaciones del Derecho civil romano de Heineccio, con las muy ligeras modificaciones que se ven en las leyes 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del título 7º de la Part. 6ª; y agregando á los referidos motivos y por la Real Pragmática de 1776, corroborada en 1803, dos, á saber: que el hijo menor contraiga matrimonio contra la voluntad de su padre, y que los hijos contraigan matrimonio clandestino, pues ademas de que pretenden burlar una disposicion canónica y civil, se esponen á encontrarse con impedimentos que anulen su matrimonio, funden su prostitucion y hagan incierto el orígen legítimo de los hijos, cosas todas tan perjudiciales al individuo, á la familia y á la sociedad. Mas supuesto que tales

Digitized by Google

matrimonios son nulos por disposicion del Sagrado Concilio de Trento, los autores pretenden que no hay lugar á la desheredacion. Nosotros opinamos, que precisamente por lo mismo, y como que se trata de una pena, se debe aplicar el castigo, pues el que el matrimonio no valga, no depende de la voluntad de los que le celebraron, quienes por su parte han puesto todo lo que necesitaban para cometer el delito que han perpetrado, y esto sucede porque se procura hacer lo que está prohibido por ambos derechos.

Aunque por los artículos 6 y 7 de la ley de 28 de Diciembre de 1860, y publicada en Veracruz á 23 de Julio de 1859, relativa á matrimonios civiles, no se dice si el hecho de casarse los menores sin el consentimiento paterno ó de las demas personas que aquellos mencionan, es motivo suficiente para la desheredacion; creemos que sí lo es, supuesto que torciéndose el racional, justo y prudente disentimiento paterno se le priva sin razon de uno de sus derechos, el de establecer bien á sus hijos; y en concecuencia se le exime del deber que tiene de proporcionarles los medios, esto es, instituirlos herederos.

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos 671 y 672 dice: "Todas las causas de indignidad para suceder, lo son tambien respectivamente de desheredacion; y ademas contra los hijos y descendientes lo son: 1º Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre ó ascendientes que le desheredan. 2º Haberlos maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra. 3º Haberse casado sin su consentimiento cuando por la ley era este necesario. 4º Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitucion. Y 5º Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdiccion civil.

De acuerdo casi en todo lo relativo á causas para la desheredacion de los descendientes del testador; están con el Código español, el sardo en sus artículos 109, 110, 737, y 738; el napolitano en los 845, 848 y 849; el de Vaud en el 584; el de Austria en

Digitized by Google

los 767, 768 y770; el de la Luisiana en los 897 y 1613 núm. 10; y el bávaro en el 17 cap. 3. libro 3. y en el 17 cap. 12 Parte 1ª

PUNTO II.

¿Por qué motivos pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes?

El mismo emperador Justiniano en su Nov. C.XV. cap. IV. y la ley 11 tit. 7º de la Partida citada, fijan los ocho siguientes: Primero: "Si el padre se trabaja de la muerte de su fijo, acusándole de que auia fecho tal yerro, porque deue morir, o perder algun miembro; fueras ende, si la acusacion fuese fecha sobre cosa que tocase a la persona del Rey. E la segunda razon es, si el padre se trabaja de la muerte del fijo, queriéndolo matar con yeruas, o con fierro, o con algun maleficio, o de otra manera qualquier que fuesse. La tercera es, quando el padre yoguiere con la muger o con la amiga de su fijo. E la cuarta razon es, cuando el fijo quisiere fazer testamento de los bienes de que ha poder de lo facer con derecho é el padre lo estorua por fuerza de guiza que lo non puede fazer. La quinta essi el marido (padre del testador) se trabaja por la muerte de la muger (madre del testador) o la muger de muerte de su marido, dándole yeruas, o de otra manera qualquier. E la sesta razon es quando el padre non quiere prouer al fijo desmemoriado o loco de las cosas que le son menester. La sétima es cuando el fijo cayesse cautiuo e el padre non le quisiesse redemir. La octaua razon es, quando el padre es hereje, e el fijo cathólico." Debiendo advertir que para que valga tal desheredacion por cualquiera de estas causas segun la ley precitada, debe ser probada la por qué se desheredа.

Hoy, supuesta la ley de tolerancia de cultos tal vez no debe existir la última de las citadas causas, pues segun aquella quizá no

Digitized by Google

será delito el calificado de tal por el antiguo derecho, y por éste castigado.

CONCORDANCIAS.

Los ascendientes, conforme al artículo 674 del Código español, pueden ser desheredados por tres causas: cuando han perdido la patria potestad por los motivos espresados en el artículo 161 que luego verémos; cuando hayan negado los alimentos al descendiente que los deshereda; y cuando atentó contra la vida de la madre ó la madre contra la vida de aquel, y no hubo reconciliacion entre los mismos. Absolutamente conformes están con esto, el Código de Nápoles en su artículo 85; el sardo en el 739; el de la Luisiana en el 1,619; el austriaco en el 796; y el de Vaud en el 584.

El artículo 161 mencionado, dice que "el padre perderá la patria potestad: primero; cuando sea condenado á una pena que lleve consigo la pérdida de la patria potestad: y segundo; cuando declarado el divorcio tenga lugar la pérdida de la patria potestad, respecto del que haya dado lugar al divorcio mismo."

PUNTO III.

¿Por qué motivos pueden ser desheredados los hermanos del testador?

Respecto de estos nos dice la ley 12 del tít. 7º y Part. 6ª repetidas, que con y aun sin razon, pueden ser desheredados por sus hermanos, pues son herederos voluntarios; salvo si les antepusiere ó prefiriere á ellos para que sean sus herederos, personas "de mala vida o enfamados;" en cuyo caso el hermano desheredado tiene derecho de "quebrantar el testamento, e auer la heredad de su hermano prouando esto en el Juzgado asi como deue." Lo mismo dispone el art. 13 de la ley de 10 de Agosto de 1857, en estas palabras: "Pero sí podrá desheredarse sin espresion de causa para ello, el cónyuge que sobreviva y los parientes colaterales; bien sea pre-

Digitized by Google

teriéndolos simplemente, ó bien desheredándolos; *aun cuando para esto último no se alegue causa alguna.*"

Y aun cuando la persona instituida fuese "infamada," no se anulará su institucion en ninguno de los tres casos siguientes. Primero, si el testador hubiere desheredado á su hermano por haberse este empeñado en darle muerte de cualquiera manera. Segundo, si en algun tiempo ó lugar lo hubiere acusado criminalmente, y de esta acusacion le resultase la muerte, pérdida de miembro ó destierro. Y tercero, si le hubiese hecho perder la mayor ó gran parte de sus bienes.

Tambien estas causas deben ser probadas en juicio y con calidad de escepciones por el heredero instituido, que es quien debe oponerlas al hermano del testador pretendiente de su herencia; así como á tal pretendiente corresponde probar que el heredero nombrado por su hermano no puede ser preferido, por ser vicioso, ó estar infamada su conducta.

PARRAFO IV.

¿De qué modo deben hacerse las desheredaciones?

El testador, nos dicen la ley 1ª tít. 2º lib. 28 del Dig. y la 3ª tít. 7º de la Partida 6ª, al hacer la desheredacion debe nombrar á la persona á quien deshereda por su nombre, sobre-nombre y aun por sus señas particulares, y estas deben ser tan claras que no dejen duda alguna de que esta ó aquella persona es la de que se ocupó el testador y no de otra alguna, salvo el caso de que el heredero fuere uno solo, pues entónces es imposible la confusion con otro. Ni podia ser de otra manera, puesto que se trata de identificar la persona del delincuente para, en caso de serlo y no vindicarse, ó esculparse del cargo que se le hace, aplicarle la pena que merece.

Digitized by Google

CONCORDANCIAS.

Los artículos 668, 669 y 670 del Código español; el sardo en los 737, 740 y 742; el napolitano en los 848 y 851; el de Vaud en los 584, 585 y 588; el austriaco en los 770, 771, 772 y 775; el de la Luisiana en los 897, 1,611, 1,612 y 1,616; y el bávaro en los 16 y y 17 cap. 3º lib. 3; al hablar de la materia de este párrafo se espresan, salvas insignificantes diferencias propias de la redaccion, de esta manera: "La prueba de ser cierta la causa de la desheredacion incumbe á los herederos del testador; y no podrá estenderse á causa no espresada por él mismo. La desheredacion hecha sin espresion de causa ó por una que no sea de las legales ó cuya certeza no haya sido probada, anula la institucion de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen á la legítima. La reconciliacion posterior del ofensor y del ofendido, quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredacion ya hecha."

PARRAFO V.

¿Dónde debe hacerse constar la desheredacion?

Si, como es palpable, la institucion de heredero debe hacerse en testamento, y para que éste valga en esta parte, segun la ley 10 tít. 7º Partida 6ª, es indispensable que en él, el padre instituya ó destituya á su heredero de su herencia, es claro, clarísimo que la desheredacion debe hacerse en testamento; aunque la causa porque se hace puede espresarse en el codicilo, pues es complemento del testamento. Ademas de lo terminante de la precitada ley lo indican las 2ª y 11ª del título y Partida mencionada. Y por esto la segunda ordena que si el testamento por cualquiera causa se rompiere, anulare ó viciare "no empece" al desheredado la desheredacion que allí se le haga: ni tampoco le "empecerá" cuando tal testamento

Digitized by Google

fuere revocado por el testador; si no es que éste, en el nuevo que otorgue, haga la misma desheredacion, como pretenden varios autores, aunque nosotros somos de sentir que en este caso el heredero es desheredado por el segundo y no por el primer testamento, pues éste ha dejado de serlo.

CONCORDANCIAS.

Con la Novela 115 cap. 3º, concuerdan las leyes 1ª tít. 5º lib. 4º del Fuero Juzgo, 1ª y 2ª tít. 9º lib. 3.º del Fuero Real, y las del tít. 7º Part. 6ª; y con estas disposiciones están absolutamente conformes el Código español en su artículo 667: el napolitauo en el 848: el sardo en el 737, que es copia literal del anterior: el de Vaud en el 585: el austriaco en los 770, 781 y 782: el de la Luisiana en los 1,611 y 1,612; y el bávaro en el 16 cap. 3º lib. 3º, fijando todos que "para desheredar á un heredero forzoso es necesario espresarlo en el testamento, con términos formales y claros, manifestando la causa de la desheredacion."

PARRAFO VI.

¿Cómo debe hacerse la desheredacion?

De lo hasta aquí espuesto se colige con toda exactitud, qué cosas forman y esplican el cómo de la desheredacion. Primera, la designacion clara y precisa de la persona desheredada, segun las leyes 1ª tít. 2º lib. 28 del Digesto, y 3ª tít. 7.º de la Part. 6ª: segunda, la espresion del motivo porque se deshereda: tercera, la prueba de la verdad, justicia y legalidad de tal motivo; pues á nadie se puede sentenciar sin juzgar, ni juzgar sin oir ó probar accion y escepcion, porque de lo contrario nada ha hecho el testador sino esponerse á la nota de calumniador, y por lo mismo hacerse acreedor á la pena que habia impuesto: y cuarta, que la desheredacion sea pura, segun las leyes

Digitized by Google

3ª párrafo 1.º tít. 2.º lib. 28 del Dig. y 3ª tít. 7º Part. 6ª Así lo dicta la justicia y lo persuade la razon.

PARRAFO VII.

¿De qué bienes debe ser hecha la desheredacion?

Es palpable que de aquellos de que puede disponer el testador en favor de su heredero, son de los que debe privarle en caso de desheredacion; y no de los que le pertenecen por otro título, como los reservados adventicios, castrenses y cuasi-castrenses, en que solo tiene el padre la administracion ó el usufructo, segun su clase. Dicen las leyes 24 y 26 tít. 13 de la Part. 5ª

En todos los bienes del testador en que debia heredarle el desheredado, debe este serlo; puesto que de lo que se le destituye es del derecho á la herencia y no de esta, que no ha percibido ni llega á percibir en el caso dado. Así lo ordena espresamente la ley 3ª tít. 7º de la Part. 6ª en estas palabras: "E qualquier a quien desheredassen, deue ser desheredado sin ninguna condicion, e de toda heredad lo deue desheredar, e non de una cosa tan solamente; e si asi non lo fiziessen, non valdria."

PARRAFO VIII.

¿Qué fuerza tienen las desheredaciones?

Es lo mismo ocuparnos de esta pregunta conforme á las leyes de Partida, que estudiar los efectos de la desheredacion.

La ley 8ª tít. 7º de la Part. 6ª ordena que cuando la desheredacion se haga conforme á derecho y se pruebe por el testador ó su heredero la verdad del motivo, surta su efecto la desheredacion y quede por lo mismo el heredero privado de su derecho á heredar.

Digitized by Google

Si el desheredado consiente en serlo, lo será segun la ley 6ª tít. 8º Part. 6ª, pues se confiesa delincuente; y aun cuando pretenda lo contrario, no puede ser oido.

PARRAFO IX.

¿Qué derechos tienen los desheredados?

Repetidas veces hemos dicho, que la desheredacion es una pena impuesta por la ley al heredero delincuente, y aplicada en uso de la misma ley, por el testador ofendido. Tambien hemos indicado que por no ser del caso ni lugar, no ventilábamos si esta pena es consiguiente á un delito en que la autoridad pública deba proceder de oficio, ó si solo puede hacerlo á instancia de parte, es decir, del testador ó su heredero, á quienes como actores corresponde la prueba de la realidad del delito cometido por el desheredado, ó sea hacer constar la positiva y verdadera existencia del motivo ó causa suficiente á la desheredacion. Tampoco debemos por ahora decir nuestro juicio sobre si el testador ofendido debe ser el tribunal que juzgue á su ofensor, ó si tan solo es el que preludia, indica ó inaugura el juicio, y si el objeto de todo esto es dar á conocer á la autoridad pública la existencia de un delito que puede no haber pasado del seno de la sociedad doméstica y en que sin embargo deba ingerirse aquella; ó si tiene por objeto evitar que se diga ó suceda que hay un ataque á la propiedad del testador y á sus derechos respectivos, ó si el delito, capaz de acarrear al delincuente su desheredacion, es uno de esos de que no puede conocer la jurisdiccion civil, sino despues de haber terminado la doméstica, ó en fin una de tantas cosas como puede ser. Repetimos que nada de esto debemos por ahora decir. Pero como quiera que sea, es inconcuso que el llamado delincuente y á quien acusa, juzga y condena el testador al desheredarle, debe ser oido; y como el testador ha muerto, solo queda la autoridad civil que le oiga sus descargos, sus esculpaciones, la es

Digitized by Google

plicacion de su conducta, el por qué de sus actos, la vindicacion del delito que se le imputa y porque se le castiga.

Esto es cierto; y porque lo es, el desheredado tiene derecho para vindicarse, y por lo mismo, para que se le oiga en juicio; puede usarlo deduciendo su accion ante la autoridad competente, á fin de probar la falsedad de la causa de la desheredacion que reporta, pidiendo en consecuencia, que se le reponga en la herencia dada á otro, y de que sin oirle se le ha privado. Al uso de este derecho se le nombra en nuestras leyes "ejercicio de la accion de inoficioso testamento."

Sobre lo espuesto se espresa Murillo en estos términos: *Denique testamentum rescinditur, quando, scilicèt, personæ, quæ de jure deberent institui, sunt exhæredatæ vel præteritæ. Nam in testamento, ut diximus debent institui filii à parentibus, parentes à filiis, et fratres à fratribus, quando aliàs turpes personæ instituuntur: quare si prædicti injustè exhæredentur, ipsis competit querela inofficiosi testamenti, quæ quidem est remedium extraordinarium, quod intentatur contra hæredes institutos post aditam ab ipsis hæreditatem: per illam enim petunt filii, parentes vel, fratres injustè exhæredati, quod testamentum, utpotè contra pietatis officium factum, rescindatur, et ipsis agentibus tamquam ab intestato à Lege vocatis, hæreditas restituatur.* Lib. 3º Decretal., tít. 26 núm. 252 fol. 548, tom. 1º Jus Canon.

Como en la deduccion de esta accion se trata de probar por el desheredado ó la ligereza y equivocacion, ó la mentira y calumnia, ó tal vez la mala fé del testador, es claro que se debe tener hasta cierto punto como odiosa, y que por lo mismo solo debe intentarse en último caso y como último medio ó estremo. Por eso no es necesario tal recurso segun la ley 1ª tít. 8º de la Part. 6ª: primero, cuando la pretericion ó desheredacion sea hecha sin las condiciones prescritas por derecho y que vimos en su respectivo lugar. Conforme á la ley 5ª del mismo título y Partida tampoco lo será: segundo, el que haya sido instituido en solo una pequeña parte de su legítima, pues no puede desheredársele en parte. Y segun la ley 2ª tít. 7º de la misma Partida, igualmente no será necesario tal medio

Digitized by Google

al desheredado: tercero, cuando el testamento fuere nulo por cualquier otro motivo, pues por lo mismo no valdrá la desheredacion.

Segun hemos visto, la accion de inoficioso testamento ha sido concedida á los descendientes y ascendientes del testador cuando son legítimos. Ahora debemos agregar que respecto de la madre tienen los mismos derechos los hijos naturales de que habla la ley 5ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. Recop.

Los hermanos del testador tambien tienen el mismo derecho, y pueden y deben deducirlo de la misma manera que los anteriores, segun las leyes 2ª y 3ª del tít. 8º de la Partida 6ª, cuando fueren pospuestos á una persona viciosa ó infame segun esplicamos en su lugar al hablar de los motivos por que podrian heredar aun no siendo instituidos por el testador.

El efecto de la accion precitada, segun la ley 7ª tít. 8º de la Partida 6ª es, que el preterido entre á la herencia y deje de percibirla el instituido, quedando todo lo demas del testamento en su fuerza, validéz y vigor como en lo relativo á mandas, legados, fideicomisos, nombramientos de albaceas, &c., &c.

De acuerdo con la ley 6ª título y Partida citadas, solo deduciré-mos dos consecuencias de lo hasta aquí dicho. Primera, que cesa la accion de inoficioso testamento, siempre que hay otra: y segunda, que igualmente cesa porque no puede ya entablarse cuando el desheredado ha consentido en serlo.

CONCORDANCIAS.

La ley 17 párr. 4º tít. 1º libro 35 del Digest. copiada y amplificada en la 21 tít. 9 de la Partida 6ª, las 71 y 108 párr. 1º tít. 1º lib. 35 del Digest., las 2 tít. 45 lib. 6 del C., 48 tít. 5º lib. 40, 19 lib. 32, 40 pár. 5 lib. 35 del Digest.; las citadas en el cuerpo de este párrafo: el Código español en sus artículos 714, y del 717 al 725; el austriaco en los 709, 713, 719, 720 y 723; el prusiano en los 387, 508, 572 y 757; el sardo en sus artículos 745, 810, 811, 825, 827, 830, 909 y 912; el napolitano en los 990 y 991; el de Vaud en

Digitized by Google

los 668 y 669; el holandés en el 1,039; el de la Luisiana en los 1,685 y 1,686; y el francés en los artículos del 1,035 al 1,040: están en la sustancia conformes con lo que dejamos espuesto en este párrafo.

CAPITULO SETIMO.

Razones filosóficas de las anteriores legales disposiciones sobre herencias y desheredaciones.

En los anteriores capítulos hemos recorrido las disposiciones del derecho civil relativas á la manera con que el hombre puede hacer constar su última voluntad, y los requisitos indispensables para que esta manifestacion tenga fuerza probatoria, no solo porque no pueda dudarse de su verdad histórica ó de su existencia, sino de su conformidad con la clase de relaciones que el hombre tiene en la sociedad como parte de ella; relaciones que en su base ó fundamento y en último análisis son tan esenciales á su sér como la vida misma, pues ésta es solo el hecho de que emanan aquellas.

En efecto: supuesta la manera fijada por Dios para que el hombre reciba la existencia, y hablando en el órden puramente humano y en el aspecto esclusivamente físico, el hombre para existir necesita el concurso de los dos sexos, masculino y femenino, que forman las dos mitades de la gran especie humana.

De solo este hecho tan antiguo y duradero como el mundo, y aun cuando no contáramos con tantos otros é incontrastables argumentos que confirman, prueban, y esplican lo dicho; de solo este hecho universal, repetimos, podemos inferir dos cosas sin temor de equivocarnos: primera, que el hombre para existir necesita de la previa existencia de la sociedad doméstica, y que por lo mismo es determinado á la vida por Dios, pero mediante la sociedad en su princi-

Digitized by Google

pio, base, fundamento ó tipo que es el matrimonio: y segunda, que por lo espuesto y por el modo de ser y las necesidades para existir, conservarse y llenar los objetos de la vida, quedando solo pendiente su último y verdadero fin del hombre, este ha nacido en, de, por y para la sociedad, que es uno de los mejores medios con que aquel cuenta para llenar sus objetos y realizar su fin.

"El matrimonio, ha dicho M. Ahrens, es en su *naturaleza* y en su *fin*, tan múltiplo como la vida misma del hombre; es el foco íntimo donde se refleja todo lo que es humano; un centro de vida y de actividad comun para todos los fines del hombre: la familia es una sociedad que debe cultivar en su seno la religion, la moral, las ciencias, la instruccion, las artes, la industria, el derecho y la justicia: la sociedad matrimonial es de una naturaleza tan variada como los fines que abriga en su seno; es una institucion de religion, de moral, &c., y es por esto un resúmen vivo de la gran sociedad humana." Curso de Derecho natural, tomo 1º, 2ª division, seccion 2ª cap. 1º pár. 1º

Si la sociedad doméstica es un tipo y resúmen vivo de la gran sociedad humana, á ella tenemos que recurrir para dar una solucion satisfactoria á las mas principales cuestiones del derecho público, entre las cuales no tiene por cierto el último lugar la del derecho de heredar.

"Sin la sociedad doméstica, ha dicho el Illmo. Sr. Munguía, no adelantariamos un paso en la generacion histórica de la sociedad civil: sin esta generacion no comprenderiamos las verdaderas relaciones y por consiguiente el carácter moral de la sociedad: sin estas relaciones no podriamos llegar al conocimiento de las leyes ni tener por consiguiente ideas exactas y completas acerca de la autoridad social, esto es, del gobierno y del poder. Dicho esto, se ve la importancia que en sí tiene el conocimiento científico del derecho que rige á la sociedad doméstica, ya se considere la cuestion en el órden histórico, ya en el órden filosófico, ya en el órden político."

"La familia forma al hombre: la sociedad forma al ciudadano, la educacion doméstica es una base esencialísima y una condicion in-

Digitized by Google

dispensable de la educacion social. Sin costumbres privadas no hay costumbres públicas; sin sentimientos conyugales, paternales y filiales no hay patriotismo; sin conciencia y deseo de la felicidad privada no puede haber espíritu público, sin virtudes domésticas no puede haber virtudes sociales. La importancia, pues, de esta sociedad, está tambien en razon directa con sus relaciones íntimas, con la moral social, la civilizacion y el espíritu público."

"Siendo la sociedad doméstica una institucion de la primera gerarquía, como acaba de verse, y el fundamento de todas las otras, debe tener un carácter invariable, una legislacion definitiva incapaz de sucumbir en su parte fundamental á ninguna de las vicisitudes diversas de la sociedad política."

"Es por lo mismo la sociedad mas antigua, la mas constante, la mas uniforme, la mas invariable de las sociedades humanas. Gira como estas, es verdad, bajo la doble influencia de la libertad y la ley y no carece por tanto de peligros; pero tiene garantías mas eficaces y medios mas constantes y poderosos de observancia y de perfeccion."

"Estas garantías nacen de la naturaleza del matrimonio, de los sentimientos, afectos, intereses y vínculos que lo forman; de sus relaciones íntimas con las situaciones diferentes de la vida, porque fija el corazon del jóven, produce el bienestar del hombre maduro, y alienta la esperanza y multiplica los consuelos del anciano en los últimos dias de su existencia."

"La sociedad doméstica tiene un modo privativo de constituirse, de formarse, tiene una constitucion propia y un sistema particular de gobierno, tiene miembros esenciales, miembros naturales y miembros accidentales; tiene por objeto un derecho esencial é invariable, y derechos accidentales y variables." Derecho natural tomo 2.º Tercera parte, Seccion 3.ª, Introduccion.

Los límites estrechísimos de este compendio nos impiden seguir á tan sabio autor en la profunda esposicion que hace del modo de formarse tal sociedad, que es el matrimonio, y de la administracion de la misma, ó sea de su legislacion relativamente á los derechos del

Digitized by Google

gefe de familia, ó á las relaciones y deberes de los individuos de esta sociedad. Y solo sí nos servirémos de ella en lo muy indispensable para conseguir nuestro objeto.

Es el matrimonio, nos dicen el autor citado y el Dr. Alvarez en su Derecho Real de España, "un contrato indisoluble de sociedad entre dos personas libres, de sexo distinto, para la honesta propagacion de la especie, conveniente educacion de la prole, y mutuo ausilio de los cónyuges."

Esta sociedad, como todas, está formada de cuatro atributos que la constituyen: individuos, relaciones, leyes y autoridad. Son los individuos tres personas, las dos de distinto sexo que forman el matrimonio, y la persona moral que constituye la familia.

En cada uno de estos tres individuos hay dos aspectos bajo que considerarlo, y por lo mismo dos clases de relaciones en que se halla colocado. Esposo y padre: he aquí los dos aspectos del hombre en la sociedad doméstica; y sus relaciones son las de marido y padre. Madre y esposa: he aquí los aspectos en que se debe considerar á la muger en el matrimonio; y á uno y á otro corresponden sus relaciones respectivas de madre y esposa. Los efectos de este enlace, los hijos, tienen este aspecto y el de fraternidad con los otros séres que, como ellos, deban su ser al mismo enlace; y son sus relaciones referentes á su filiacion y fraternidad.

Estas relaciones son esenciales, pues que tienen por orígen á la naturaleza de las cosas; necesarias y forzosas, porque son consecuencia de la existencia de aquellas, y por ambos motivos independientes de la voluntad del hombre. Este, una vez siendo padre, no puede dejar de serlo, así como para existir ha sido hijo y no ha podido dejarlo de ser.

Consecuencias naturales de las relaciones son las leyes que, dándolas por existentes, las norman, garantízan y hacen respetables: leyes que, para poderlo ser deben tener el mismo orígen que las relaciones, especialmente cuando, como en nuestro caso, son esenciales. Estas leyes deben, pues, ser naturales. Y estas leyes, como todas las que propiamente lo son, crian derechos é imponen obligaciones.

Digitized by Google

La existencia de estas leyes está probando la absoluta necesidad de la existencia y ejercicio de una autoridad que las ejecute, cumpla y haga cumplir. He aquí el fundamento de la patria potestad.

Esta es: "el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres de familia para gobernar á sus hijos y administrar y dirigir la sociedad doméstica en el sentido de su institucion y de su fin."

Sin la menor duda podemos sostener que el objeto de la sociedad doméstica es la reproduccion de la especie humana, y su fin la bondad moral de los hijos. El objeto de la existencia de la sociedad doméstica tiene necesidad, para su realizacion, del concurso de ambos sexos, y trae como consecuencia forzosa de la reproduccion, la conservacion de los seres determinados á la vida. Y el fin de la misma sociedad tiene, como medios necesarios para conseguirse, la educacion de los hijos, esto es, su desarrollo intelectual, y la formacion de su carácter moral; ambos indispensables para que el hijo á su turno, pueda ser buen súbdito y buen padre, buen ciudadano y buen gobernante; cosas que constituyen su establecimiento social. Por eso en el estudio del hombre encontramos esa irresistible, infatigable é insaciable aplicacion al trabajo, para la adquisicion de las propiedades en sus órdenes físico, intelectual y moral, no ya para satisfacer el trabajador sus personales necesidades de los mismos órdenes, sino la mas imperiosa y apremiante de todas, la de la conservacion, educacion y establecimiento de sus hijos, de esos otros "yo," mas apreciables que el yo propio é individual del hombre.

El lleno de estos deberes y la satisfaccion de las necesidades, demuestran la verdad del axioma proclamado constantemente por la naturaleza, escuchado por el sabio legislador romano; defendido por la razon natural; conservado por la historia del corazon humano, afirmado por el sentido comun, el universal de todos los pueblos del globo, y desarrollado y victoriosamente defendido por el testimonio de sabios de todos paises, épocas, creencias, opiniones y miras: á saber: "*legitima quoad substantiam Juris Naturalis est.*" Así lo encontramos en el núm. 242 tít. 26 lib. 3.° Decretalium tom. 1.° del Derecho Canónico por Murillo; en la Ley 36 pár. 2 C de inoffic. testam.

Digitized by Google

C. 1. h. t. in 6. En Reyneval, Derecho internacional. En Burlamaqui Derecho natural. En Vinnio, Derecho romano: y en otros muchos autores, cuyas doctrinas omitimos por no ser indispensable citarlas, pues queda suficientemente probada la verdad de lo que tenemos dicho.

Obligacion es correlativa de derecho. Si pues, como no hay duda, el hombre tiene derecho á formar la sociedad doméstica y en consecuencia á reproducirse, es indefectible que tiene las obligaciones consiguientes, á saber: las de la conservacion, educacion y establecimiento de sus hijos; y si el padre tiene, como es incuestionable, tales obligaciones, el hijo tiene derecho á exigir su satisfaccion y cumplimiento. Así es que, cuando los padres mueren, pagando de esta manera ese terrible tributo á la fragilidad de la vida, como ya no les es posible por sí continuar aumentando, administrando, y conservando al ménos, esos elementos indispensables al lleno de sus deberes relativos á la conservacion, educacion y establecimiento de sus hijos, adquiridos mediante el fatigoso ejercicio de sus facultades productoras, que llamamos trabajo; lo que hacen y deben hacer conforme con la razon, los sentimientos, la naturaleza y las leyes, es dejar á sus hijos los efectos físicos de tal trabajo, es decir, sus propiedades. Por eso vimos en su lugar respectivo, la obligacion paterna y el derecho filial á la institucion y adquisicion de la legítima.

Por las mismas razones, aunque en un órden inverso y supuesta la no existencia de descendientes, los ascendientes del testador deben heredarle en los términos que esplicamos al ocuparnos de esta materia tratada por las leyes. Y si estas en ambos casos han exigido la legitimidad de los hijos, no ha sido por mera fórmula ó capricho, sino para, teniendo con la observancia de los requisitos fijados *ad hoc*, la certidumbre moral de la natural y positiva existencia de tales hijos, poder, en aplicacion de las relaciones y leyes naturales, exigir el cúmplimiento de los deberes y garantir el uso de los derechos que en otro caso, por la incertidumbre de la generacion, son desconocidos y no pueden exigirse sin grave riesgo de la arbitrariedad, la injusticia y aun la proteccion al engaño, al fraude y al robo de la propiedad.

Digitized by Google

Mas ¿qué sucede respecto de los descendientes ilegítimos? ¿esos tiernos pimpollos nacidos de la inmoralidad, vástagos de un amor ilícito y quizá de la satisfaccion de un corrompido placer, deben ser abandonados á su desgraciada suerte? ¿pierden por ser ilegítimos las relaciones que por la naturaleza tienen con aquellos que les han dado el ser? ¿por ventura merecen tantas, mas ó ménos consideraciones que los frutos inocentes y puros del amor conyugal?

Si merecieran mas consideraciones los hijos ilegítimos que los de legítimo matrimonio, seria preferible el solteronismo, al radicalismo social, la prostitucion y el abandono, á la paz, ventajas, dulzuras y delicias del matrimonio; la incertidumbre é inobservancia de los derechos y obligaciones á su garantía y cumplimiento: y en una palabra, seria mejor destruir, minando por su base, la moral pública, la sociedad toda, que conservarla y defenderla.

Si tanto los legítimos como los que no lo son debieran ser igualmente considerados, ademas de lo espuesto, ¿cuáles serian los estímulos para el aumento, conservacion y aun verificativo del matrimonio? Si debe ser menor tal consideracion, ¿cuáles son los límites? ¿ó ninguna atencion merecen y por lo mismo deben ser abandonados á todo el peso de su horrible suerte? No, y mil veces no: la ley no debe cejar con el delincuente, y por eso debe castigar al padre como en parte lo hace, en lo que tiene de mas amable, en lo que tal vez funda sus ilusiones y esperanzas, en su hijo, privándole de dejarle, si tiene otros preferibles, otra cosa que el oprobio y la miseria. Pero como no debe castigar al inocente, concede á este los alimentos, el que pueda heredar en tales casos á su padre y siempre á la madre. Evitando así que tal hijo ocupe un asiento igual ó mejor al de aquel cuya frente brilla con la aureola inmarcesible de la legitimidad.

No sucede lo mismo con los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio; pues entónces han variado las circunstancias de los padres y con ellas la suerte de los hijos; porque la legitimacion es una especie de bautismo civil, cuya aplicacion purifica á los hijos de la mancha social que los cubrió en su concepcion y alumbramiento y

Digitized by Google

hace que renazcan, por decirlo así, á la gracia de las leyes, para disfrutar sus beneficios.

Respecto de los adoptivos y arrogados ó adrogados, dirémos sencillamente que, ó son descendientes del adoptante ó no: en el primer supuestó, están comprendidos en los casos anteriores segun sus clases; y en el segundo, como la arrogacion trae consigo la patria potestad, durante esta debe seguir el órden natural á que semeja. Mas que esto no tiene lugar en nuestra actual legislacion, supuesto el art. 18 de la ley de 10 de Agosto de 1857 por el cual quedan abolidas las leyes que "concedian á los hijos adoptivos y arrogados el derecho de heredar."

¿Y qué sucede cuando los ascendientes ó descendientes son ingratos unos respecto de otros, perversos, inmorales, desnaturalizados, y de esos seres que sofocan con sus acciones criminales, la naturaleza y los sentimientos mas elevados, ardientes, entusiastas, puros y sinceros del corazon? Para estos casos está concedida la facultad de desheredar, que si bien no pugna con las de la paternidad, sí afecta á nuestro ver de una manera monstruosa y muy directa los deberes de la filiacion. Conceder al hijo que castigue al padre es trastornar el órden y la soberanía doméstica, y es conculcar las eternas bases de la superioridad é inferioridad consiguiente á la paternidad y filiacion. En una palabra, es hacer al padre hijo y al hijo padre.

FIN DE LA SEGUNDA PARTE.

Digitized by Google

Digitized by Google

DE LAS SUCESIONES

TESTADAS E INTESTADAS

TERCERA PARTE

EXAMEN DE LAS DEMAS COSAS DE QUÉ DEBE Y PUEDE DISPONER EL TESTADOR

esto es, de mandas y legados:
estudio de las otras maneras civiles de hacer constar su voluntad
el testador; es decir, de los codicilos, memorias
testamentarias y poder para testar: exámen de los modos
de heredar abintestato.

Digitized by Google

Digitized by Google

TERCERA PARTE

Exámen de las demas cosas de que debe y puede disponer el testador; esto es, de mandas y legados: estudio de las otras maneras civiles de hacer constar su voluntad el testador; es decir, de los codicilos, memorias testamentarias y poder para testar: exámen de los modos de heredar abintestato.

Nos hemos ocupado hasta aquí de la manera de adquirir el todo de las herencias ó legítimas; esto es, los dos tercios forzosos de los cuatro quintos tambien forzosos del capital del testador, en cuyo capital va incluida la mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio. Ahora vamos á saber en qué puede el testador emplear la parte de que libremente puede disponer; mejor dicho, vamos á estudiar la materia de legados.

CAPITULO PRIMERO.

Legados.

¿Qué son legados? ¿cuántas sus especies? ¿quién puede hacerlos? ¿á favor de quién? ¿cuándo pueden y cuándo deben dejarse legados? ¿pueden éstos ser revocados y por qué? ¿tienen límites los legados y cuáles son aquellos? ¿qué cosas pueden legarse? ¿dónde pue-

Digitized by Google

den constar los legados? ¿qué derechos tienen los legatarios y cuáles los legantes ó testadores? ¿cómo finalizan los legados? ¿en qué instrumentos pueden hacerse constar los legados y sus estinciones? ¿qué es cuarta falcidia? ¿cuál su objeto? ¿cuándo tiene aplicacion? ¿cuándo no puede deducirse? Hé aquí lo que es natural examinar para tener ideas exactas sobre la materia de este capítulo, y lo estudiarémos en los párrafos siguientes.

PARRAFO I.

¿*Qué son legados*?

Esta palabra *legado*, que entre nosotros es sinónimo de manda, como que por su etimología viene *a lege*, designaba en el antiguo derecho romano toda especie de disposicion testamentaria, pues la voluntad del testador era tenida como la última ley del legislador doméstico. Por eso en la ley de las XII Tablas se permitia á los padres de familia *legar* su patrimonio: "*paterfamilias uti super familia pecuniave sua legassit, ita jus esto.*" Y segun la declaracion de la ley 120 D. *de verb. significat.* tal permiso encerraba la facultad de instituir herederos, nombrar legatarios, tutores, &c., &c.

En el último estado de la legislacion romana, la palabra legado se redujo á cierta especie de donaciones que se hacen en testamento ó en cualquier otro acto último de la voluntad, y tiene dos acepciones; pues ó bien se aplica al acto ó disposicion en que se lega alguna cosa, ó bien por la misma cosa legada. Por esto la ley 116 lib. 30 del Digesto, dice: "*Legatum est* delibatio hæreditatis, qua testator ex eo, quod universum hæredis foret alicui quid collatum velit:" y el pár. 1 tít. 20 lib. 2 Institut., dice: "Donatio quœdam á defuncto relicta, ab hærede præstanda." Y en estos sentidos nos dice la ley 1ª tít. 9 de la Part. 6ª, cuyo código en materia de testamentos, casi en su totalidad es plagio del romano, que "manda ó legado es una manera de donacion que deja el testador en su testa-

Digitized by Google

miento ó en cobdicillo, á alguno por amor de Dios, o de su anima, e por fazer algo aquel a quien dexa la manda."

PARRAFO II.

¿Cuántas clases hay de legados?

Como estos pueden ser efectos del cumplimiento de un deber, ó manifestaciones de la gratitud, de la consideracion ó de la bondad del testador, las dos primeras clases que hay de legados son: voluntarios y necesarios. Estos son los exigidos por las leyes; y aquellos los que solo tienen por orígen lo voluntad del testador.

Los legados se distinguen tambien por la forma con que se dejan y por la materia que los constituye. Por su forma, pueden ser puros y condicionales, y desde cierto ó hasta cierto dia; segun la ley 31 tit. 9 Part. 6ª Son puros, cuando no se añade condicion alguna. A dia cierto, si se designa el en que deban entregarse. Desde cierto dia, si se prefija el que ha de servir de término desde el que ha de empezar á pedirse. Y bajo condicion, cuando se señala una circunstancia necesaria en su realizacion para la existencia del legado. Así lo dice la precitada ley.

El motivo que impulsa al testador para hacer legados, el objeto que al hacerlos se propone y la esplicacion de las cosas legadas, son la clave de estas tres especies de legados: de causa, modo y demostracion. La causa es el motivo porque se lega; y como debe referirse al tiempo pasado, la espresion de una causa falsa no vicia la manda, segun la ley 20 tít. 9 de la Part. 6ª, salvo el caso en que la voluntad del testador indique claramente lo contrario; segun la ley 12 tít. 3 de la Part. 6ª, pues tomando el legado su fuerza de tal voluntad y no de los motivos que la determinan, nada adelantaria el heredero aun en el caso de que probara que la manda era inmotivada. Así nos lo dicen las leyes 19 y 20 del tít. 9 de la Part. 6ª, y la 12

Digitized by Google

tít. 3 de la misma Partida. Y atento lo dicho, creemos que no existe la dificultad que en vista de las leyes 12 tít. 3 y 19 y 20 tít. 9 de de la Partida 6ª mencionadas, ocurre á D. Francisco de Cárdenas en el párrafo 14 de sus observaciones sobre los vicios de la antigua legislacion española; y ménos creemos tal dificultad, si la ley 12 repetida, la examinamos atenta la 1ª tit. 18 lib. 10 de la Nov. R., que es la 1ª tít. 4 lib. 5º de la R., y 2 tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá.

El fin que mueve al testador á hacer la manda ó legado, es lo que, aunque con impropiedad, llaman los autores "legados de modo:" tal es cuando lega para que se dé ó haga alguna cosa. En este caso segun la ley 21 ántes citada, no deberá darse al legatario la cosa en que consista la manda, sino caucionando el cumplimiento de lo que se le encarga; si bien cuando puso de su parte todos los medios y no pudo conseguirlo y así lo justifica, no pierde el legado. Si el testador espresó que ántes de entregarse el legado debia ser cumplido por el legatario lo que se le previno, debe acatarse la voluntad del testador.

La esplicacion ó precision de la cosa legada, es lo que los autores entienden por legados de demostracion. Aun cuando la tal demostracion sea inexacta, basta con tal que la cosa sea conocida y se sepa á cuál quiso aludir el testador. Sin embargo, es preciso marcar la diferencia que hay entre designar y determinar un legado: se designa cuando se refieren las señas de la cosa: se determina cuando se habla de la existencia de la cosa misma. Cuando pues la cosa designada no existiere ni hubiere ántes existido, no vale el legado. La ley ántes citada y la comun opinion de los autores así nos lo dicen. Segun la pertenencia y materia de que se forman los legados, estos son de cosa propia y de cosa agena: de liberacion, de crédito y de deuda: de especie, de género y de cantidad.

Segun que las cosas legadas son ó no de la propiedad del testador, el legado será de cosa propia ó agena: y cuando son de éstas y el testador lo sabia, cosa que probará el legatario, será válido tal legado, no precisamente porque consiste en la cosa legada, cuya pre-

Digitized by Google

cision atacaria la propiedad de un tercero, sino porque debe darse al legatario el precio estimativo de la cosa, ó esta si pudiere ser habida por el heredero. Todo está así ordenado por la ley 10 tít. 9 de la Partida 6ª

Distintas reglas deberán seguirse y observarse cuando el legatario haya adquirido ántes ó despues de la muerte del legante la cosa agena legada, pues entónces deberá distinguirse segun lo previene la ley 43 del mismo título y Partida, si la adquisicion fué hecha por título lucrativo ó por título oneroso. En el primer caso, no podrá pedir la estimacion de la manda; pues dos causas lucrativas no pueden acumularse en una misma persona acerca de una misma cosa. En el segundo sí puede, pues no hay el inconveniente referido. Así opinan Alvarez, Molina, Serna y Montalban, y otros: sin embargo de lo que, nosotros (aunque sin afirmar nada) dirémos, que nos parece que la aplicacion del citado principio es esta: dos causas lucrativas no pueden acumularse en una misma persona acerca de una misma cosa y bajo el mismo aspecto, cuando ambas tienen por orígen la misma persona que las dá, cria ó desarrolla; pero sí en caso distinto. Con nuestra ley de Partida están conformes los artículos 693 del Código español, 916 y 919 del sardo y el 661 del austriaco; y de su redaccion se deduce la verdad de nuestra opinion.

Segun la ley 44 tít. 9 Part. 6ª, es cierto que el que tiene una cosa tiene su valor; pero no viceversa: así es que, legada una misma cosa en diversos testamentos, si el legatario hubiere recibido del heredero de uno de los testadores el valor de aquella, puede sin embargo reclamarla del heredero del otro testador; y no podrá recoger el precio de dicha cosa si hubiere recibido ésta de alguno de los herederos.

Cuando la cosa propia está empeñada y así se lega, es preciso saber si el empeño es por el todo ó por ménos de su valor: en el primer estremo, háyalo ó no sabido el testador, debe el heredero desempeñarla y entregarla al legatario; y en el segundo, á éste corresponde tal obligacion en los términos de que habla el párrafo 10 siguiente, salvo que otra sea la espresa voluntad del testador.

En derecho, el género es lo que en filosofía la especie, y ésta lo

Digitized by Google

que en aquella ciencia el individuo. Tal los definen las leyes: por ejemplo la 23 del título y Partida referida. Y segun la clase á que pertenezca la cosa legada, serán los legados de género y de especie.

El legado de liberacion tiene lugar, segun la ley 47 del mismo título y código, no tan solo cuando el testador perdona espresamente á su deudor, sino tambien cuando le devuelve el título justificativo del crédito; pues entónces se reputa por una condonacion tácita, cuyo legado aprovecha aun á los fiadores, porque la obligacion principal puede subsistir sin la accesoria, pero esta no sin aquella, y la principal ha dejado de existir por el legado.

El legado de deuda es aquel en cuya virtud deja el testador á su acreedor lo mismo que le estaba debiendo. Por este legado el heredero cumple cediéndole el crédito al legatario. Lo mismo se tiene por hecho este legado cuando el testador al morir hizo lo espuesto.

El legado de crédito es aquel en que el testador deja á un tercero lo que otro le debia; y en este caso cumple el heredero con ceder las acciones al legatario. Leyes 12 y 13, título y Partida citada.

CONCORDANCIAS.

Los códigos estranjeros que hemos podido estudiar, admiten aunque no en el mismo órden, sí las mismas clases de legados ó mandas de que hemos hecho mérito en este párrafo. Así es que en el artículo 676 del español; en el 861 del sardo; y en el 787 del de Vaud; se habla de los legados de cantidad: en el 677 del español y en los 398 y 399 del prusiano, de los legados indeterminados: en el 679 del español; 1021 del francés; 975 del napolitano; 636 del de Vaud; 1632 del de la Luisiana; 1013 del holandés; 657 del austriaco; 384 del prusiano; en los párrafos del 6 al 9 capítulo 7 libro 3 del bávaro; y el artículo 814 del sardo; negando unos como el francés, el napolitano, el de Vaud y el de la Luisiana, afirmando otros en parte, como el holandés y el austriaco, ó en todo como el español y el bávaro, todos en los citados artículos hablan de los legados de cosa agena: el artículo 683 del Código español;

Digitized by Google

los 874 y 1020 del francés; el 974 del napolitano; el 1012 del holandés; el 635 del de Vaud; el 1031 del de la Luisiana; y el 859 del sardo, hablan de los legados de prenda é hipoteca: los artículos 684, 697 y 698 del Código español; los 1014 y 1 15 del francés; los 843, 853 y 854 del sardo; los 1004, 1006 y 1007 del holandés; el 631 del de Vaud; el 1618 del de la Luisiana; el 684 del austriaco; y el 1º capítulo 7 libro 3 del bávaro, tratan de los legados simples ó puros y de los especificos ó determinados: los artículos 686, 688 y 689 del Código español; 663, 664 y siguientes del austriaco; 408 y 425 del prusiano; 1047 del holandés; y el 850 del sardo, se ocupan de los legados de crédito, de perdon, de liberacion ó de cesion de derechos: los artículos 690 del Código español y 848 del sardo, tratan de los legados alternativos: el Código español en sus artículos 694, 695 y 696; el sardo en los 851 y 855; el austriaco en los 672, 673 y 687; y el prusiano en el 441, tratan de los legados de educacion, alimentos ó de pension para estos ú otros objetos: y los artículos 702 y 703 del Código español; el 1628 del de la Luisiana; y los 691 y 692 del austriaco, hablan de los legados por servicio y de los legados para tomar estado.

PARRAFO III.

¿Quiénes pueden hacer legados?

La ley 1ª del título 9 de la Partida 6ª dice: "que puede fazer tal manda, o tal donacion, *todo ome que ha poder de fazer testamento, o codicilo.*" De esta resolucion se deduce, segun la glosa de dicha ley: "que los que no pueden testar, tampoco pueden hacer mandas, ni disponer fideicomiso alguno." Deben igualmente leerse las demas citas allí hechas, para comprender la razon legal é ilacion lógica de la anterior consecuencia deducida por los intérpretes.

Digitized by Google

Respecto á las facultades de condicionar y gravar las mandas, es inconcuso que las tienen los que las dejan, por las mismas razones espuestas al hablar de las herencias en la parte voluntaria.

CONCORDANCIAS.

Con las doctrinas de este párrafo están enteramente de acuerdo todos los códigos citados en el anterior: así es que en el Código español, por ejemplo, se lee en su artículo 675 que "el testador puede gravar con legados;" y en el mismo código artículo 697 y siguientes, se trata de los legados condicionales; lo que prueba la facultad de condicionar de que acabamos de hablar.

PARRAFO IV.

¿A qué personas puede legarse algo, ó quienes pueden ser legatarios?

La ley 1ª del título 9º y Partida 6ª citada, se espresa en estos términos: "Otrosi dezimos, que a todos aquellos puede ser dexada manda, que pueden ser establescidos por herederos; e quales son los que pueden esto fazer, e quales non, mostramos cumplidamente en las leyes que fablan en esta razon, en el título de los Testamentos, e en el título de los Establescimientos de los herederos. Pero dezimos, que maguer acaesciesse, que alguno ouiessa tal enbargo en el tiempo que le mandassen algo en el testamento, que estonce non lo pudiesse auer de derecho, si en el tiempo que muriesse el testador fuesse libre de aquella razon que gelo enbargaua, *non deue perder la manda que le fue dexada, ante la deue auer.*"

Ademas de lo que espusimos al hablar de las personas que pueden ser instituidas herederos y á que alude la trascrita ley, debemos fijar la atencion en la terminante disposicion de la 4ª título 20 del libro 10 de la Nov. Recop., por la cual se prohibe hacer legados á

Digitized by Google

favor de los hijos de dañado y punible matrimonio; y las leyes 6ª y 8ª del mismo título y libro por las que se permite al padre dejar á sus hijos naturales el quinto por alimentos cuando tengan otros hijos preferibles. Lo mismo sucede respecto de las madres, conforme á la ley 5ª del título y libro citados, cuando se trate de esta clase de hijos, que son llamados de dañado y punible ayuntamiento; tales son los sacrílegos, adulterinos, &c. &c.

Conforme á los artículos 26 y 27 de la ley de 10 de Agosto de 1857, son inhábiles para adquirir legados los que lo son para heredar por testamento; y como de estos hemos hablado en el párrafo 3º capítulo 4º de la segunda parte de esta obra, en obvio de repeticiones remitimos al lector á dicho párrafo.

A favor de los legatarios pasa el dominio de las cosas legadas ya porque para eso lo son, y ya porque así lo ordena la ley 35 del título 9 de la Partida 6ª

CONCORDANCIAS.

Sobre el contenido de este párrafo, tambien están en todo de acuerdo, como sobre el del anterior, todos los códigos citados en el párrafo 2º Así es que vemos en ellos, por ejemplo en el español, artículo 675, que: "el testador puede gravar con legados no solo á su heredero, sino tambien á los legatarios."

PARRAFO V.

¿Cuándo deben y cuándo pueden dejarse legados?

En nuestro país conforme á la circular de 6 de Agosto de 1796, deben todos los testadores dejar ciertas mandas, cuya cuota sabrémos adelante, para los lugares santos de Jerusalen, Santuario de Nuestra Señora de Guadalupe, casa de huérfanas, y para bibliotecas públicas, segun posteriores disposiciones.

Digitized by Google

En cuanto á legados voluntarios por el hecho de serlo, existirán cuando lo determine el testador y cumpla con los requisitos legales ya mencionados.

Conforme á la ley de 10 de Agosto de 1857 en su artículo 70, "Para el cobro del tanto por ciento que se paga al fisco, se observará lo dispuesto en las leyes de 18 de Agosto de 1843, 14 de Junio de 1854, 31 de Diciembre de 1855 y demas vigentes hasta hoy, con las siguientes reformas. Primera: nada se pagará por mejoras de tercio y quinto. Segunda: los descendientes y los ascendientes, los hijos naturales ó espurios, y los cónyuges, quedan esceptuados del pago."

"Los colaterales pagarán las cuotas siguientes: los del segundo grado, el dos por ciento; los del tercero, el tres; los del cuarto, el cuatro, y así pregresivamente hasta los del octavo, que pagarán el ocho por ciento."

"Los estraños pagarán el diez por ciento."

Esta misma cantidad de diez por ciento, en vez del seis fijado en el artículo 66 de la ley de 18 de Agosto de 1843, deben pagar las herencias que no sean directas forzosas, ya sean extestamento, ya abintestato, y los legados de cualquiera clase, conforme á la ley de 28 de Febrero de 1861, publicada el 1º de Marzo del mismo año.

"Tercera: estas cuotas se satisfarán por los bienes semovientes, muebles y raices, sitos en la República, y por los derechos y acciones que tuviere el difunto al morir, aun cuando haya muerto en otro pais, si estaba domiciliado en éste, ya fuese natural, ó ya estrangero. En estos casos se causará tambien la pension sobre los bienes muebles y semovientes, (y no sobre los raices) que dejare en otra nacion así como sobre sus derechos y acciones. Pero si no tenia el finado su domicilio en la república, ya fuese mexicano ó estranjero, solo se causará la pension sobre bienes raices ubicados aquí."

"Cuarta: el domicilio no se perderá, sino hasta que se adquiera en otro pais, ó cuando á la autoridad política superior del Estado de la república, en que se tenia el domicilio, se le dé aviso por el mis-

Digitized by Google

mo interesado y por escrito, de que ha resuelto fijarse en otra nacion."

"Quinta: los jueces cuidarán de que se pague la manda de bibliotecas en toda testamentaría ó intestado; é impondrán una multa de diez á veinte pesos á cualquier albacea ó defensor de bienes que, al presentar los inventarios, no acompañe el recibo correspondiente de la manda susodicha."

"Art. 71. Todo lo concerniente á las formalidades con que se hayan de otorgar los testamentos y seguirse los juicios de inventarios, lo relativo á legados, fideicomisos, particion, imputacion y colacion en la legítima, y cualquier otro punto conexo con la materia de sucesiones que no se encuentre resuelto en esta ley, se decidirá con arreglo á las vigentes al tiempo de su promulgacion."

Supuestas las leyes de tolerancia de cultos y demas de reforma, no creemos puedan tener lugar las mandas para lugares santos y demas objetos católicos; pero los que profesen esta religion, que son todos los mexicanos ó los mas, podrán hacerlas ó dejarlas, pues tampoco se los prohiben dichas leyes.

PARRAFO VI.

¿Los legados pueden ser revocados y por qué motivos?

Si las legítimas que son de derecho natural segun hemos visto, pueden revocarse ó no dejarse habiendo causa legal para ello, con mas razon los legados, que son acciones meramente gratuitas del testador. Mas como lo que espontáneamente se promete, segun un axioma legal, por derecho se debe, para que dejen de llevarse adelante los legados una vez hechos, parece natural la necesidad de la existencia y pruebas de una ó mas de las causas fijadas para la desheredacion de los herederos voluntarios; aunque no por esta razon se observa así, sino que el testador lisa y llanamente puede revocar sus

Digitized by Google

legados ó mandas voluntarias en los casos de que hablan las leyes 35, 39, 40, 41, 42, 43 y 44 del título 9 de la Partida 6ª; cuyas leyes son estensivas ademas, á las estinciones de las mandas ó legados de que despues hablarémos.

PARRAFO VII.

¿Tienen y cuáles son los límites de los legados?

Si hay herederos forzosos, es evidente que conforme al espíritu de la ley 8ª título 20 del libro 10 de la Nov., nunca pueden escéder los legados, sean en el número que fueren hechos, del quinto de los bienes del testador. Mas tanto de los forzosos ó legítimos, como de los herederos voluntarios, dice lo contrario la ley 3ª título 9 de la Partida 6ª, salva la escepcion en ella puesta; pues que solo fija por límites á los legados el monto de la herencia, especialmente cuando se trata de heredero fideicomisario. Los forzosos tienen por límites los de que hablan las disposiciones citadas, esto es, dos reales ó el tanto por ciento de que habla la ley de 10 de Agosto de 1857, cuyos artículos fueron trascritos, y la ley de 28 de Febrero de 1861, publicada en 1º de Marzo del mismo año, que tambien fué citada,

PARRAFO VIII.

Qué cosas pueden legarse

Por la ley 12 tít. 9 de la Partida 6ª se permite legar todas las cosas que están en el comercio humano, aun cuando estén por venir, como los frutos que un campo produzca; y por la ley 13 del mismo título y partida se esceptúan las cosas consagradas al culto y las demas de que allí se habla, como las que forman parte de un edificio y las que estando en el comercio del hombre á la formacion

Digitized by Google

del testamento, no lo estuvieren á la muerte del testador sin culpa del heredero.

Aun en caso de que el encargado de entregar las mandas no admitiese lo que se le dejaba, las mandas subsistirian conforme á la ley 1ª tít. 18 del lib. 10 de la Novis. Recop. que es la 1ª tít. 4º lib 5º de la R. y 2 tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá.

PARRAFO IX.

¿Dónde pueden hacerse constar los legados?

Por las leyes 28 y 34 del tít. 9 de la Part. 6ª, se ordena dejar las mandas ó legados en testamento ó codicilo; pero se permite por la primera, que cuando sean por súplica, puedan dejarse verbalmente. Por práctica, como dicen Serna y Montalban, tambien se pueden dejar en memorias testamentarias.

Conforme á los códigos estranjeros que hemos podido consultar, solo se pueden dejar las mandas y los legados en testamento, pues no admiten los codicilos.

PARRAFO X.

¿Qué derechos tienen los legatarios y cuáles los testadores?

Reasumirémos lo hasta aquí dicho y así tendrémos el conjunto de derechos y obligaciones objeto de este párrafo.

El testador puede mandar que paguen legados á todos los que perciban algo de su herencia, con tal que no los grave en mas de lo que les dejare.

El heredero tiene la obligacion de comprar la cosa legada á su dueño, y entregarla al legatario, si el testador sabia que legaba una

Digitized by Google

cosa agena, pues en caso contrario no tiene tal obligacion. El legatario tiene obligacion de probar que el testador sabia que la cosa legada no era suya; y si lo hiciere, percibirá el legado conforme á la ley 10 tít. 9 Part. 6ª Cuando se lega una cosa propia que está empeñada, debe ser desempeñada por el heredero si el empeño es por ménos del valor de la cosa empeñada y lo sabia el testador: si no lo supiere debe desempeñarla el legatario; y cuando el empeño sea igual ó mayor al valor de la cosa empeñada, debe igualmente ser desempeñada por el heredero, haya ó no sabido el testador el valor del empeño. Leyes 11 y 43 tít. 9 de la Part. 6ª

Cuando las cosas empeñadas se legan á quien las empeñó, se entiende legado solo el derecho de prenda; y entónces el heredero puede exigir del legatario la cantidad en que estaba empeñada su prenda ó legado, segun la ley 16 del tít. 9 de la Partida 6ª

Si el testador lega una cosa y luego la enajena, es preciso distinguir si la enajena por donacion ó por venta: en el primer caso, el legatario ya no tiene derecho; y en el segundo, lo tiene solo á la estimacion de lo legado, conforme á las leyes 17 y 40 tít. y Partida citada.

Supuesto lo anterior fijarémos con el célebre Murillo las reglas siguientes sobre la obligacion de reponer los legados. Primera: la especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario, á ménos que aquel sea moroso en entregar ó que perezca por su culpa, pues como deudor está obligado á pagar la leve: ley 4ª del tít. y Partida citada. Segunda: cuando se lega una universidad de cosas, v. g., una manada de ovejas, el aumento ó deterioro que tuviere, pertenece al legatario, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador. Tercera: para que el legado de género sea útil, es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza; por ejemplo, un caballo es de género ínfimo; pero un animal es de supremo y seria ridículo legarlo, pues podria pagarse con un insecto: por esto previene la ley 23 tít. 9 de la Partida 6ª, que si el testador lega una cosa sin tenerla, no resulta el heredero obligado á darla. Cuarta: en el legado

Digitized by Google

de género, tiene la eleccion el legatario; de tal suerte que no puede elegir lo mejor: á diferencia del legado de opcion, que es cuando el testador con palabras espresas y terminantes concede facultad al legatario para escoger entre cosas de un mismo género la que le parezca mejor. En este caso hecha la eleccion por el legatario, no puede arrepentirse de ella; y si él no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escoger. Por lo que hace al legado de género y cuantidad, la regla es: que ni el género ni la cuantidad perecen, por manera que legando, v. g., un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo y en su poder perece, queda obligado á lo mismo que lo estaba ántes de haberlo comprado. Así lo disponen las leyes 23, 25 y 41 del tít. 9 de la Partida 6ª

Otro derecho de mas importancia tienen los legatarios, el de acrecer, esto es, el derecho de aumentar su porcion, en su caso, con la de los demas. Este derecho existe conforme á la ley 2ª tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, que es la 1ª tít. 4º lib. 5º de la Recop. y 1ª tít. 18 Lib. 10 de la Nov.; y segun la opinion de los Sres. Murillo, Gutierrez (D. Márcos), Sigüenza y Serna y Montalban; y aunque Burgos de Paz, Ayllon y Pichardo, consideran subsistente tal derecho respecto de las herencias, apoyados en la espresa ley 14 tít. 3º de la Part. 6ª, que no juzgan derogada por las anteriores, opinan en contrario, Matienzo, Elizondo y los primeros autores citados; pero todos convienen en que sí hay tal derecho en los legados.

La ley de 10 de Agosto de 1857 dice sobre este particular lo siguiente: "Art. 21. "El derecho de acrecer competerá solo á los herederos ó *legatarios* á quienes se haya dejado una herencia ó *legado en comun*, en la misma disposicion testamentaria, y sin designar en ella la parte de cada uno de los coherederos ó colegatarios; á ménos que se trate de una cosa indivisible: pues entónces aunque no se les deje espresamente en comun, así se supondrá si la herencia ó legado se les dejare en la misma disposicion testamentaria."

"Art. 22. Tambien acrecerán al heredero ó *legatario* universal, los legados que caducaren por haber muerto los legatarios particulares ántes que el testador."

Digitized by Google

"Art. 23. Lo dicho en los artículos últimos, se entiende sin perjuicio de lo que sobre el derecho de acrecer dispongan los testadores, cuyas determinaciones se observarán religiosamente, siempre que no pugnen con alguno de los artículos de esta ley."

Entendemos por derecho de acrecera que! por el cual se agregan á los coherederos, comejorados ó colegatarios llamados á una misma cosa, las porciones de sus coherederos, comejorados ó colegatarios muertos ántes que el testador ó que hubiesen hecho renuncia de su parte, ó no aceptádola, y siempre que no se trate de la legítima; pues respecto de esta es incuestionable que no debe ni puede existir el derecho de acrecer, si no es que la persona, cuya parte se acrece, no deje herederos forzosos. Estos son herederos *ab-intestato*, como verémos en el párrafo 2º del cap. 5º siguiente. Para que tal derecho tenga lugar en los legados, son indispensables dos requisitos: primero; que el coheredero, comejorado ó colegatario, renuncie lo que le toca, ó que muera ántes que el testador, ó que por repudiacion ó no aceptacion de la herencia, legado ó mejora, ó por cualquier otro motivo no llegue á obtenerla: y segundo; que haya una verdadera conjuncion. Así lo ordenan la ley 33 tít. 9 de la Partida 6ª y los artículos 21, 22 y 23 seccion 1ª de la ley de 10 de Agosto de 1857.

La conjuncion puede ser en la cosa, en las palabras ó mista. La hay en la cosa, cuando dos ó mas son llamados á recibir una misma aunque sea en porciones distintas; y acrecerá á todos su parte por igual distribucion de la que queda abandonada.

La conjuncion en las palabras existe respecto de aquellos que son llamados á percibir una misma cosa, pero no en partes físicas sino abstractas. Y la conjuncion mista, existe, cuando se lega una misma cosa á muchos en una proporcion y sin señalarles partes. En todos estos casos acrecerán los que percibieren el legado, por presumirse así de la voluntad del testador si no dijere lo contrario; y por disponerlo la ley 33 tít. 9 de la Partida 6.ª y la de 10 de Agosto de 1857, en los artículos citados.

Cuando el legado es puro, no se suspende por ninguna circunstancia; y por lo mismo el heredero tiene obligacion de pagarlo y el le-

Digitized by Google

gatario derecho para cobrarlo luego que muere el testador. El legado que se hace para que comience á gozarse desde cierto dia, se debe desde luego que se hace; pero no debe cobrarse sino hasta llegado el dia ó cumplida la condicion. El que se hace hasta cierto tiempo, debe entregarse luego por el heredero, y devolverse al término por el legatario. Cuando el heredero por mala fé no lo quiere entregar ó el legatario devolver por igual causa, y una ú otra se justificare, puede exigirse aun con accion criminal y con mas razon con la civil, para el resarcimiento de perjuicios por la no entrega ó devolucion.

El legado *desde cierto dia*, se trasmite á los herederos del legatario cuando éste haya muerto ántes de que llegue aquel; pues en este caso lo que se trasmite es el derecho á percibir el legado llegado el dia, y como por una parte no estaba en manos del testador prolongar la vida del legatario hasta el dia fijado para que percibiera el legado; ni manifestó por otra que lo dejaria de percibir si moria ántes del dia, se presume que su voluntad fué que sus herederos pudieran percibir tal legado en caso de muerte del legatario nombrado. Pero debe tenerse presente que la muerte del legatario debe ser posterior á la del testador; pues en caso contrario ya vimos que existe el derecho de acrecer á favor de los herederos de aquel y no de los del legatario.

El legado *hasta cierto dia*, se trasmite tambien hasta el mismo dia á los herederos del legatario, siempre que éste haya muerto despues que el testador y ántes de que llegue el dia, término del legado.

Siendo este demostrativo, con solo que conste cuál es la persona de que habló el testador, aun cuando no esté demostrada ó haya errado el testador en el nombre ó apellido, se le debe el legado; y por tanto, el heredero tiene obligacion de entregarlo y el legatario derecho para cobrarlo. Pero si fueren varios los que tienen el mismo nombre y apellido que consta en el legado y tal vez hay algunas otras señas iguales, no vale el legado; segun las leyes 19 y 20 del tít. 9 de la Partida 6ª

Cuando el legado causal tiene valor jurídico, debe entregarse tan luego como se pruebe éste por el legatario. El modal, puede pedirse tan luego como se haga y haya muerto el testador; pero afianzando

Digitized by Google

el legatario su devolucion en caso de no conseguir el objeto del legado mismo. Así lo ordena la ley 21 tít. 9 de la Partida 6ª

El legatario adquiere el derecho al legado, despues de la muerte del testador y por la voluntad de éste: así es que si muere primero que el legante, nada se debe á sus herederos; pero sí se les deberá en caso contrario; y esto aunque el heredero universal no acepte la herencia ó no sea nombrado en el testamento. Leyes citadas, la 34 del mismo título y Partida y la 1ª tit. 18 lib. 10 de la Nov. R.

Deben cumplirse los legados en los mismos términos en que fueron hechos por el testador, como que es el único que puede disponer á su arbitrio de su voluntad y propiedad. Pero los profanos que no pueden tener cumplimiento, los adquiere el heredero; y los piadosos se convertirán en otro objeto pio, acudiendo ántes al Ordinario con cuya licencia se pueden aplicar al bien comun de la República, aun cuando no sea difícil su cumplimiento, segun la disposicion del testador en el caso de grave necesidad, como peste, hambre, invasion, etc.

Un legado dejado á los naturales de una ciudad, pueblo ó villa, puede darse al que tenga ánimo de avecindarse en dicho lugar y á los que llevaren diez años de vecinos y no constare que quieran separarse de allí, salvo que se infiera otra cosa de la mente del testador: y en defecto de verdaderos originarios, solo los dichos parece deben haber el legado.

Si este fuere para casar huérfanas, á falta de las que verdaderamente lo son, debe aplicarse á la que tenga padres pobres é inutilizados, segun el sentir de varios y sabios autores como Murillo y Matienzo.

Cuando los legados no pueden pagarse íntegros porque no alcancon los bienes del testador, se pagarán á prorrata aunque sean piadosos ó de cosa determinada; segun afirman Murillo y Sigüenza. Y la razon en que se apoyan es: que el heredero no puede ser obligado á mas de á lo que alcanza la herencia.

Si un testador lega una cosa á dos individuos, se dividirá entre ambos; y si la lega á dos hijos de un individuo y á uno de otro, se dividirá en dos mitades la cosa ó su valor, una para los dos hijos de uno,

Digitized by Google

y la otra para el hijo del otro. Y si alguno muere, acrece el otro su parte como conjuntos; segun la opinion de Molina y otros autores tan respetables como él.

Si se lega una cosa á un individuo y posteriormente se lega la misma cosa á otro; si se entiende que la voluntad del testador en la segunda vez fué revocar el legado primero, se dará todo al posterior legatario; pero constando que quiso darla á ámbos *in specie et in sólidum*, se dará la cosa legada al que primero la pida; y al otro se le dará el importe de ella. Así lo manda la ley 33 tít. 9 de la Part. 6ª

Si á un individuo se lega una cosa, dos ó mas veces, solo se le debe una, como quiera que no puede haber dos causas lucrativas en una misma cosa y á favor de una misma persona. Leyes 43 y 45 tít. 9 de la Partida 6ª

Siendo dudosas las palabras del testador en alguna disposicion, no se conmuta, sino que se interpreta su mente á juicio de hombres doctos que pesen las circunstancias.

Tres acciones competen á los legatarios para conseguir el legado contra el heredero ó albacea. Primera: la personal, por el cuasi-contrato de la adicion de la herencia. Segunda, la real en los legados en especie, por la traslacion del dominio de la cosa legada al legatario, en el instante que muere el testador. Y tercera, la hipotecaria, por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador á favor de los legados.

El legatario puede seguir la vía ejecutiva contra el heredero, segun afirma Paz, aunque lo contradicen otros como Molina. Pero en ningun caso puede el legatario *motu proprio*, sino prévia orden del albacea, ó del heredero tomar su legado: así lo dispone la ley 37 tít. 9 de la Partida 6ª Y si lo tomare *motu proprio* lo perderá, salvo que para ello tenga facultad del testador que debe ser espresa segun la ley 3ª tít. 34 lib. 11 de la Nov., que es la 3 tít. 13 lib. 4 de la Recop., estensivas á las herencias; debiéndose usar para este caso la forma breve y sumaria de que hablan las mismas leyes.

Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario adonde viva el heredero ó donde esté la mayor parte de

Digitized by Google

los bienes del testador ó en cualquier lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la quitó. Mas si el legado es general ó de cosa que se puede contar, medir ó pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro en que se empezaren á pagar los legados.

Si el testador señaló lugar y tiempo, á ello deberá estarse. Todo segun la ley 48 tít. 9 de la Partida 6ª y si el heredero mudase la cosa, maliciosamente, incurrirá en las penas fijadas por dicha ley.

Mas qué otros derechos tengan los herederos cuando sean muchos los legados, lo verémos en el párrafo 12º siguiente al tratar de de la cuarta falcidia.

CONCORDANCIAS.

El Código español en su artículo 675 concede al testador la facultad de gravar con legados, no solo á su heredero universal, sino aun al particular ó legatario: y aceptando éstos; les impone la obligacion de cumplir con los legados aunque importen mas de lo que asciende la herencia ó el legado. He aquí el primer derecho de los otorgados al testador por dicho Código; y he aquí la primera obligacion impuesta por el mismo Código, al legatario; una vez aceptado el legado.

El artículo 676 del mismo Código, manda á los legatarios que si el testador grava á uno solo de ellos, ó á uno solo de los herederos con cierto legado, el gravado y no otro queda obligado al cumplimiento de la voluntad del testador respecto del legado. Que todos queden obligados á lo que el anterior, si el gravámen no se impuso á uno solo ó en particular. Y que cuando el legado es de cantidad, se observará lo dispuesto en los artículos 932, 933 y 934 de dicho Código; es decir, que hecha la particion, tienen derecho los legatarios para cobrar su legado del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio del inventario, y aun con este beneficio, pero en sola la parte que al heredero haya quedado libre. En esto último

Digitized by Google

están conformes los Códigos siguientes. El francés en sus artículos 870, 873 y 875; el de Vaud en el 787; el holandés en el 1149; el de la Luisiana en el 1334; el sardo en el 1097; y el napolitano en el 795.

El 677 del Código español y los 397 y 398 del prusiano, mandan: que el obligado á la entrega de la cosa legada, en caso de eviccion, responda de ella si la cosa fuere indeterminada y correspondiere á un género ó especie. He aquí otro derecho de los legatarios y otra obligacion de los herederos, segun estos códigos.

Conforme al art. 678 del español, es un derecho del testador, dar sustituto al heredero; y con este Código están conformes la ley 50 lib. 31 del Digesto cuando dice: "*Uti hæredibus substitui potest ita etiam legatariis;*" y el art. 1 cap. 7 lib. 3 del código bávaro.

Por el art. 679 del Código español, cuando el testador lega una cosa agena sabiendo que lo es, el heredero tiene obligacion de comprarla y entregarla, ó su valor si no pudiere conseguir la cosa; y el legatario tiene derecho á exijirla, despues de haber probado que el testador sabia era agena la cosa que legó, ó bien despues de haber probado que cuando murió el testador, ya era dueño de la cosa que habia legado siendo agena. Con este artículo del Código español, están conformes el 1021 del francés; el 975 del napolitano; el 636 del de Vaud; el 1632 del de la Luisiana; el 1013 del holandés; el 657 del austriaco; el 814 del sardo; el 384 del prusiano; y del párrafo 6º al 9º cap. 7º lib. 3º del bávaro.

Conforme al art. 682 del repetido Código español, no produce efecto alguno en favor del legatario, el legado hecho por el testador, si al morir éste, la cosa legada pertenecia al legatario por otro título. Esto forma un derecho del heredero para no entregar el legado, siempre que pruebe que ya, aunque por otro título, pertenecia al legatario.

Segun el art. 683 del Código español, si es legada una cosa empeñada ó hipotecada para seguridad de una deuda exijible, es obligacion del heredero el pago de ella; y si por no hacerlo, lo efectuare el legatario, éste tiene contra el heredero, el derecho que tenia el acreedor á quien estaba empeñada ó hipotecada la cosa legada. To-

Digitized by Google

da otra carga perpetua ó temporal con que esté gravado el legado, como censo, usufructo, uso, habitacion, alimentos ó prestaciones en frutos consignados especialmente sobre la cosa legada, pasan con ésta al legatario; pero en todos estos casos las rentas, intereses ó réditos devengados hasta la muerte del testador, debe cubrirlos el heredero. Con este artículo del Código español están de acuerdo los 874 y 1020 del francés; el 974 del napolitano; el 1012 del holandés; el 635 del de Vaud; y el 1031 del de la Luisiana.

Por los artículos 685 del Código español; 1038 del francés; 993 del napolitano; 677 del de Vaud; 1043 del holandés; y 827 del sardo: aunque el legado se revoca por la enagenacion que de él ha hecho el testador, y no se tiene por subsistente, aun cuando vuelva al poder del mismo, sin embargo el legatario, tiene derecho al legado enagenado por el testador, y vuelto á su poder, si el título porque volvió fuere el pacto de retroventa otorgado por el mismo testador al enagenar el legado despues de hecho; pues se supone y con razon, que en tanto lo enagenó con este pacto, en cuanto que quiso no dejase de ser materia del legado que habia hecho.

En los legados de cosas indeterminadas pero comprendidas en algun género ó especie determinada por la naturaleza ó por la designacion del hombre, el heredero tiene el derecho de eleccion, segun los artículos 691 del Código español; 1022 del francés; 1015 del holandés; 844 del sardo; y 977 del napolitano; pues dicen que: "la eleccion corresponde al deudor;" y el deudor es el heredero. Esta idea queda plenamente probada, con la escepcion que ponen los artículos 692 del Código español; 846 del sardo; 388 del prusiano; y 976 del napolitano en estas palabras: "Siempre que el testador deje espresamente la eleccion al heredero ó al legatario, podrá el heredero en el primer caso dar lo peor, y el legatario en el segundo escoger lo mejor; pues debe creerse que con estos objetos se les ha dejado la facultad de elegir."

Cuando el legatario ha adquirido el legado por otro título lucrativo, no tiene obligacion el heredero de entregárselo, es decir, tiene derecho á retenerlo; pero si el legatario adquiere el legado por títu-

Digitized by Google

lo oneroso, tiene derecho á exigir del heredero que le indemnice lo que dió por adquirirlo. Así lo dicen los artículos 661 del código austriaco; 816 y 819 del sardo; y 693 del español.

Por el artículo 694 del Código español, el legado de educacion dura hasta que el legatario sea mayor de edad: el de alimentos miéntras viva el legatario si el testador no espresó otra cosa; y no habiendo él señalado cantidad, se fijará segun el estado y condicion del legatario, y el haber hereditario. Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero ú otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad. De este artículo del código español, con el que están de acuerdo los 672 y 673 del austriaco, el 441 del prusiano y el 851 del sardo, que entiende por alimentos la comida, el vestido, la habitacion, instruccion y las demas cosas necesarias durante la vida del legatario; de este artículo repetimos, resultan á favor del legatario los derechos siguientes, y en contra del heredero las obligaciones corelativas á aquellos derechos. El legatario tiene derecho en el legado de educacion, á que se le faciliten durante su menor edad los medios necesarios para obtener aquella, medios que debe proporcionarle el heredero. En los legados de alimentos tácitos ó espresos, de que habla el código español, tiene el legatario derecho á exigir del heredero la cantidad fijada por el testador ó la con que éste le asistió durante su vida; y en caso de que, sin embargo de habérsele legado los alimentos, no se le hubiere fijado cantidad alguna, tiene derecho el mismo legatario para exigir del heredero que la asignacion que le haga de la cantidad para alimentos, sea proporcionada al haber hereditario y al estado y condicion del repetido legatario.

Cuando teniendo el legatario recibida alguna cantidad para alimentos, muere ántes de que por el mismo testador ó por el heredero se le fije cantidad determinada, tiene derecho el heredero universal para exigir de los herederos del legatario, la devolucion de la parte de lo recibido por éste, y que corresponde al tiempo que falta para que se cumpla el dia de la asignacion. Así lo dice el artículo 695 del código español.

Digitized by Google

Los artículos 687 del código austriaco; 855 del sardo; y 696 del español, conceden al legatario derecho para exigir del heredero á la muerte del testador, la primera cantidad de las que semanaria, mensual ó anualmente le fueron señaladas por legado, y las siguientes al principio de cada uno de los plazos de asignacion, sin que haya lugar á la devolucion, aun cuando el legatario muera ántes de cumplirse el periodo por el que se le anticipó la cantidad.

Por los artículos 1,014 del código francés; 843 del sardo; 1.004 del holandés; 631 del de Vaud; 1,618 del de la Luisiana; 684 del austriaco; 697 del español; y 1º cap. 7 lib. 3 del bávaro, el legatario en los legados puros y simples adquiere y trasmite á sus herederos el derecho de adquirir desde el momento en que muere el testador, el legado que éste le hiciere.

Siendo el legado de cosa especifica y determinada, propia del testador, desde que éste muere, el legatario adquiere para sí y para sus herederos la propiedad y frutos pendientes y futuros del legado; y por lo mismo son de cuenta del legatario los aumentos ó deterioros que sufra la cosa legada; segun los artículos 1,014 y 1,015 del código francés, que no atribuye al legatario los frutos sino desde el dia de la demanda para la entrega de la cosa legada, ó desde el de la muerte del testador si éste lo ordenó espresamente; y cuando el legado es de renta vitalicia ó de pension á título de alimentos. Copian á este Código, los artículos 853 y 854 del sardo; y los 1,006 y 1,007 del holandés. El código español en su artículo 698, con el que están de acuerdo los 305 y 306 del prusiano, y el 686 del austriaco, se diferencia del francés y de los que le siguen, como se ve al principio de este párrafo.

Es un deber del heredero universal entregar al legatario la cosa legada con todos sus accesorios y en el estado que tenga á la muerte del testador; segun los artículos 1,018 del código francés; 1,010 del holandés; 405 del prusiano; 858 del sardo; 1,636 del de la Luisiana; y 699 del español. Este en su artículo 700, prohibe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada, y le ordena pedir su entrega y posesion al heredero ó albacea, cuando se halle

Digitized by Google

autorizado para darla. Lo mismo disponen los artículos 1,623 del código de la Luisiana; el 1,014 del francés; el 1,006 del holandés; el 852 del sardo; y el 294 del prusiano; aunque estos cuatro últimos solo hablan de los herederos y no de los albaceas como lo hacen el de la Luisiana y el español.

Este en su artículo 701, prescribe al heredero el deber de entregar la misma cosa legada pudiendo hacerlo: y le impide cumplir tal deber dando la estimacion de la cosa pudiendo haber y entregar ésta. Lo mismo disponen los artículos 856 del código sardo y 816 del francés.

Los artículos 702 del código español y 1,618 del de la Luisiana, disponen que: "si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, serán preferidos los de cosa especifica y determinada; y el resto de los bienes se repartirá á prorata entre los legatarios de cantidad de dinero. Los legados hechos en recompensa de servicios, no estarán sujetos á este descuento y se pagarán de preferencia: lo mismo se observará siempre que así lo determine espresamente el testador." Los 691 y 692 del código austriaco, dan la preferencia de pago, sin reduccion, á los legados de alimentos.

Segun los artículos 668 del código austriaco y 704 del español, el legatario tiene derecho para exigir del heredero, que afiance en todos los casos en que puede exigirlo el acreedor.

Por los artículos 1,043 del código francés; 1,696 del de la Luisiana; 998 del napolitano; 831 del sardo; 683 del de Vaud; 366 del prusiano; 689 del austriaco; y 705 del español, cuando el legatario no pueda ó no quiera admitir el legado, ó éste por cualquiera otra causa no pueda tener efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitucion y del derecho de acrecer.

El legatario no puede adquirir una y repudiar otra parte del mismo legado; y si murió sin admitir ó repudiar el legado y dejó herederos, uno de éstos puede admitir su parte en el legado y otro repudiar la suya, segun el artículo 706 del código español. Conforme al artículo 707 del mismo código, siendo dos los legados, puede

Digitized by Google

el legatario admitir uno y repudiar otro; pero siendo uno de ellos oneroso, no podrá repudiar éste y admitir el útil.

PARRAFO XI.

¿Cómo finalizan los legados?

Los legados acaban ó finalizan porque se quitan, porque se trasfieren y porque espiran. Se quitan de tres maneras: por palabras, cuando el testador los revoca en testamento ó codicilo posterior al en que los habia hecho: por hechos, tal sucede si tilda ó borra por sí ó por otro el legado; si en vida del testador acaba la cosa legada, ó él mismo le cambia la forma, aunque en este último caso debe distinguirse si la cosa puede ó no reponerse á su antiguo estado; pues si puede hacerse esto, como sucede con un vaso de plata convertido en platillo, el legado subsiste; pero si no puede reponerse la cosa legada al estado que tenia al legarse, como sucede con la lana convertida en paño, no subsiste el legado; y por último, se quitan los legados por escepcion, que es cuando sucede alguna cosa de la que puede presumirse que el testador mudó de voluntad; y por lo mismo que es escepcion, corresponde al heredero su prueba, con la que el legatario pierde su legado. Así lo disponen las leyes 39 y 42 del título 9 de la Partida 6ª

Finalizan los legados porque espiran: si el legatario muere ántes que el testador; si perece la cosa legada sin mora ó culpa del heredero cuando el legado es de especie; si es de cosa agena y la adquiere el legatario por causa lucrativa; si el testamento se anula por falta de solemnidad como la de los testigos; pero no sucederá lo mismo si se rompe por pretericion ó desheredacion injusta, ó porque falte la institucion de heredero ó éste no acepte la herencia; pues en estos casos subsisten los legados segun la ley 1ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., que es la 1ª tít. 4 lib. 5 de la R., y 2 tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá.

Digitized by Google

Finalmente espiran los legados, cuando siendo condicionales no se verifica la condicion estando en el arbitrio del legatario; pues no estándolo como por caso fortuito, se tiene por cumplida y se debe entregar el legado. Leyes 1ª y 2ª del tít. 18 lib. 10 de la Nov.

Por último, acaban los legados porque se trasfieren ó trasladan, y esta traslacion puede ser de personas, de cosas y de naturaleza de legado: tal sucede cuando se deja á Z hoy una cosa, y mañana en su lugar otra, y cuando se deja á Z lo que se habia dejado á R y á este lo legado á Z; y de naturaleza de legado, cuando éste se convierte de puro en condicional y viceversa, de condicional en puro. Puede sobre esto consultarse al Febrero novísimo.

CONCORDANCIAS.

Por los arts. 1,038 del Código francés; 993 del napolitano; 677 de Vaud; 1,043 del holandés; 827 del sardo; y 685 del español: "La enagenacion que de la cosa legada haya hecho el testador en todo ó en parte ó por cualquier título ó causa, deja sin efecto el legado en lo que ha sido objeto de la enagenacion, aunque ésta haya sido nula y el objeto enagenado haya vuelto posteriormente al dominio del testador; á ménos que haya vuelto por pacto de retroventa puesto por el mismo testador al hacer la enagenacion."

PARRAFO XII.

Cuarta falcidia.

Estando como está vigente la ley de 10 de Agosto de 1857, no deberiamos ocuparnos de la cuarta falcidia por estar prohibida por el art. 18 seccion 1ª de dicha ley; mas como ésta fué derogada por la de 7 de Abril de 1858, que hoy por el cambio político está derogada; y como no por esto dejó de criar ciertos derechos para los que hayan heredado durante su observancia, debemos tratar esta ma-

Digitized by Google

teria conforme á las leyes vigentes durante tal disposicion. ¿Qué es cuarta falcidia? ¿cuál su objeto? ¿cuándo tiene aplicacion? y ¿en qué casos no puede deducirse? Lo sabrémos en los puntos siguientes.

PUNTO I.

¿Qué es cuarta falcidia?

La ley 1ª tít. 11 Part. 6ª dice que: "falcidia es llamada la cuarta parte de la herencia, que deue auer el heredero estraño, a lo ménos de los bienes del finado, por razon que era escrito en testamento de otro."

Pero esta definicion no nos dice de dónde, ni cómo, ni cuándo, ni con cuánto se forma esta cuarta, ni cuál fué su orígen. Algo hallarémos en Escriche que la define diciendo, que es: "el derecho que tienen los herederos instituidos de deducir para sí la cuarta parte de los bienes de la herencia, quitando proporcionalmente á los legados, fideicomisos particulares y donaciones *mortis causâ*, lo que necesite para formarla ó completarla, cuando el testador repartió su herencia en legados sin que quedara á lo ménos dicha parte para el heredero."

En cuanto al orígen de la cuarta falcidia, dirémos que nuestras leyes la tomaron de las romanas, y que en estas se la llamó falcidia, por haberla introducido el tribuno Falcidio.

Esta cuarta no debe ser confundida con la Trebeliánica, pues ésta segun la ley 8ª tít. 11 de la Part. 6ª solo tiene lugar cuando el heredero es fideicomisario; mientras la falcidia lo tiene respecto de los herederos estraños, segun la ley 1ª título y Partida citada. De la misma manera opina Molina en su tratado 2º disp. 213 fol. 906 tom. 1º de su obra "Justitia et jure," N. 5 letra C.

Digitized by Google

PUNTO II.

¿Cuál es el objeto de la cuarta falcidia?

Segun la ley 1ª tít. 11 de la Part. 6ª fué introducida la cuarta falcidia con el objeto de que los testamentos no quedaran sin heredero como sucederia si éste no tuviera un estímulo para aceptar la herencia. Mas como esta ley de Partida ha sido derogada por la 1ª tít. 18 del lib. 10 de la Nov. Recop., ha cesado la causa, el objeto y el motivo de la falcidia; así es que esta no debe existir. De esta manera opinan Serna y Montalban en sus elementos del derecho civil de España tom. 2º; Gomez varias resoluciones cap. 12; Escriche, diccionario de legislacion palabra "falcidia;" y Cárdenas observacion 26 de su obra titulada "vicios y defectos de la legislacion civil de España."

Por los muchos legados y aun deudas del testador, sucede repetidas veces que el heredero nombrado queda sin nada de la herencia; y con esto, ademas de la pérdida de su tiempo y trabajo y de lo que se ofende su amor propio, se le facilita cometer un delito como el de ocultacion de bienes, fraude en los pagos de deudas ó legados ú otro semejante; para evitar todo lo cual, es muy útil la cuarta falcidia. Y si esto ha sido, como no hay duda, uno de los motivos y objetos de su introduccion, es altamente moral, justa, conveniente y social su existencia. Así opinan Gutierrez; Cevallos; Molina de Hisp. prim. lib. 1º cap. 17 Ns. 10 y 11; Castillo de Usufr. cap. 60; Pichard, inst. pr. *de lege Falcidia.*

Por otra parte: la objecion que resulta de la esposicion hecha al principio, de que la ley de Partida ha sido derogada por la recopilada, carece de todo fundamento: primero, porque la ley recopilada no suprime los legados, ni coacta ni puede coactar al testador la facultad de dejar muchos, para cuyo caso está introducida la cuarta

Digitized by Google

falcidia; y segundo, porque el objeto de la ley recopilada no fué derogar en todo á la de Partida, sino solo en la parte relativa al heredero legítimo, disponiendo que aun cuando éste no lo fuera por testamento, lo seria por la naturaleza y la ley aunque *ab intestato;* y esto en ningun caso, supuesta la validez del testamento por el concurso de todos sus requisitos legales, podia bastar para dar por no manifestada la voluntad del testador respecto de la parte libre de sus bienes, como lo es el quinto; pues en lo que disponga de éste relativamente á legados hay institucion de heredero.

Supuesta, pues, la derogacion de la ley de 10 de Agosto de 1857 por la de 7 de Abril de 1858 y la de esta por aquella como sucede, debe aplicarse la cuarta falcidia en sus casos.

PUNTO III.

¿Cuándo tiene aplicacion la cuarta falcidia?

Los herederos legítimos, como que, segun las leyes 1ª y 4ª tít. 11 de la Part. 6ª, deben sacar ó haber íntegra su legítima, no tienen que aplicar la cuarta falcidia, y solo sí deberán hacerlo conforme á las mismas leyes los herederos estraños en cuyo favor se introdujo; porque, como dice el proemio de dicho título: "conuenible cosa es, e con razon, que el heredero de cada vn ome haya los bienes de aquel a quien deue heredar, o cierta parte delios. Ca desaguisado seria de auer nome de heredero, e non le venir ende pro ninguno."

Para sacar la falcidia es preciso calcular los bienes por lo que importen al tiempo de la muerte del testador, segun la ley 3ª tit. 11 de la Part. 6ª, y despues de cubiertas todas las deudas, los gastos funerarios de que habla la ley 9 tit. 18 lib. 10 de la Nov. Recop. y las costas causadas por la testamentaría, de que habla la ley 2ª tít. 11 de la Part. 6ª Esta última ley en la parte de costas fué derogada por la Constitucion política de 1857.

Si pues hechos estos gastos y pagados, sobrare algo al heredero,

Digitized by Google

éste solo puede sacar de los legados la cantidad necesaria para formar ó completar la cuarta falcidia segun la última ley; debiendo advertir que esta cuarta bien puede sacarse de cada legado como ordena la ley, ó bien del total de la herencia como pretenden los autores; pues una y otra cuarta son la misma, como quiera que, segun un principio matemático, lo que se haga con el todo queda hecho con sus partes, y lo que con éstas se hiciere queda hecho con el todo. En confirmacion de nuestra doctrina está la de Molina "De Justitia et Jure," tom. 1º trat. 2º disp. 187, N. 1, letras D y E, fol. 788 col. 2ª

En todos estos casos debe hacerse previamente el inventario, y si no se hiciere no pueden los herederos sacar cuarta falcidia, segun la ley 7ª título y Partida citadas; pues como dice ésta: "quien non obedece la ley, deue perder lo que esta le concede."

PUNTO VI.

¿En qué casos no puede deducirse ó formarse la cuarta falcidia?

No puede el heredero deducir la cuarta falcidia en los casos de que hablan las leyes 1ª, 2ª, 3ª y 4ª y especialmente la 6ª del tít. 11 de la Part. 6ª, y son los ocho siguientes. Primero, en los legados propios: segundo, en los testamentos militares: tercero, cuando hubiere hecho inventario: cuarto, en los de cosa cierta cuya enagenacion prohibe el testador: quinto, cuando cancelare maliciosamente el testamento, ú ocultare algunas cosas legadas: sesto, cuando hubiere satisfecho íntegramente algunos legados, á no ser que se descubra despues alguna deuda del difunto, en cuyo caso sacará la falcidia de los legados no pagados, segun la ley 6ª citada: sétimo, cuando fuere ascendiente ó descendiente del testador, pues entonces saca su legítima: y octavo, cuando el testador prohibe espresamente su deduccion. Aun cuando estuviera derogada la ley de 10 de Agosto de 1857, la falcidia no podria sacarse en dichos ocho casos.

Digitized by Google

Los códigos modernos nada hablan ni de la cuarta falcidia ni de la Trebeliánica.

CAPITULO SEGUNDO.

De los codicilos.

Con solo pronunciar esta palabra, ocurre investigar: ¿qué es codicilo? ¿cuántas son sus especies? ¿cuáles las solemnidades ó requisitos indispensables para su validez? ¿cuál su objeto? ¿quiénes pueden otorgarlos? ¿qué cosas pueden disponerse en los codicilos? ¿qué no puede disponerse en ellos? ¿qué se entiende por cláusula codicilar? ¿cuando se entiende puesta aun no estándolo? ¿qué efectos produce la cláusula codicilar? ¿puede el testador morir con varios codicilos? ¿cómo pueden revocarse éstos? Cuyas cosas trataremos en los párrafos siguientes, en que nada diremos de los códigos modernos, porque éstos callan sobre la presente materia.

PARRAFO I.

¿Qué es codicilo?

De acuerdo con y fundándonos en la ley 1ª del título 12 de la Partida 6ª y en la doctrina de casi todos los autores que hemos consultado para hacer nuestro estudio, decimos que: "Codicilo es la escritura breve que hacen los hombres antes ó despues de haber otorgado sus testamentos, y con el objeto de prevenir sus disposiciones testamentarias ó complementarlas, restringirlas ó modificarlas."

Digitized by Google

PARRAFO II.

¿Cuántas especies hay de codicilos?

A semejanza de los testamentos, norte y guia de los codicilos, éstos son de dos especies: escritos ó cerrados, y nuncupativos ó abiertos; segun que el testador ú otorgante quiera ó no, que se sepa desde luego minuciosamente lo que él dispone, por las personas que autorizan su disposicion. De estas dos clases son de las de que hablan las leyes 1ª tít. 12 de la Partida 6ª y 2ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop. que es la 3ª de Toro y 2ª tít. 4º lib. 5º de la Recop. de cuyas leyes la de partida, establece y las últimas dan por sentado lo espuesto.

PARRAFO III.

¿Cuáles y cuántos son los requisitos indispensables para la validez de los codicilos?

Como en los testamentos, son tres los requisitos indispensables para la validez de los codicilos; unidad de contesto; presencia de testigos y papel del sello respectivo. Espíritu y letra de las leyes citadas en el párrafo anterior.

Recorramos los requisitos en los puntos siguientes.

PUNTO I.

Unidad de contesto.

Cuando hablamos de los testamentos dijimos cómo debe entenderse el requisito de que ahora nos ocupamos y espusimos las ra-

Digitized by Google

zones de ello. A esto nos referimos para evitar repeticiones inútiles y fastidiosas.

Tambien omitimos la cita de leyes por estar éstas mencionadas en el mismo punto á que igualmente nos referimos; pues ahora solo por via de método hemos tocado esta materia.

PUNTO II.

Presencia de testigos.

Al ocuparnos de ésta respecto de los testamentos, dijimos cuáles son las condiciones que deben tener los testigos para que su testimonio tenga valor legal y fuerza probatoria.

Tambien espusimos las disposiciones del derecho para su intervencion, número, atribuciones y demas cosas indispensables; y esto ya en lo relativo á testamentos abiertos y ya á los cerrados.

Ahora, ademas de lo entonces espuesto, dirémos: que si el codicilo es abierto, han de intervenir en la autorizacion de su otorgamiento, el mismo número de testigos que en los testamentos de esta clase; y que si el codicilo es cerrado, han de concurrir á su signatura y otorgamiento relativo, el escribano y cinco testigos, á diferencia de los testamentos de esta clase, en que por fuerza deben concurrir el escribano y siete testigos segun las leyes 2ª tít. 4º lib. 5º de la Recop., 2ª tit. 18 lib. 10 de la Nov., 3ª de Toro y 1ª tít. 12 de la Partida 6ª Tanto en unos como en otros instrumentos debian firmar los testigos conforme á la ley de 29 de Noviembre de 1863 en su artículo 700; siendo la razon de diferencia en cuanto al número de testigos que deben intervenir en los testamentos ó codicilos cerrados, la que hay entre ambas clases de instrumentos.

Digitized by Google

PUNTO III.

Papel del sello respectivo.

Ni los varios autores que hemos tenido á la vista, ni las leyes de papel sellado vigentes, hablan de esta solemnidad en los codicilos; pero como sabemos que á falta de leyes especiales sobre cosa determinada, ésta debe sujetarse á las generales de la materia; los codicilos en cuanto á la clase de papel sellado en que deben ser estendidos, corren igual suerte con los testamentos de que son parte como hemos dicho en otra vez.

PARRAFO IV.

¿Cuál es el objeto de los codicilos?

Los codicilos son modificaciones ó esplicaciones de los testamentos; y por lo mismo tienen por objeto hacer algunas prevenciones cuando son anteriores al testamento y algunas aclaraciones ó restricciones cuando son posteriores. Cuáles pueden ser esas prevenciones, aclaraciones ó restricciones, lo sabrémos en el parrofo sesto de este capítulo.

No podemos dejar de manifestar que estamos conformes con el Sr. D. Francisco de Cárdenas en la observacion 25 de su exámen, sobre los vicios y defectos mas notables de la legislacion civil de España, cuando dice que: "los codicilos son otra de las instituciones de nuestro derecho, que no resisten ni un momento el exámen imparcial da la razon, ni las miradas de una sana crítica." Porque en efecto, el mismo orígen de los codicilos en la antigua Roma, y lo innecesario de ellos en el estado actual de la ciencia, están manifestando lo

Digitized by Google

conveniente que sería suprimirlos como ha sucedido en los códigos estrangeros. El orígen de los codicilos, es el mismo que el de las cartas dirigidas por los testadores á sus herederos despues de haber preguntado á los ciudadanos romanos, si consentian en que entre ellos siguiesen representando los herederos los mismos papeles que desempeñaban los testadores; y cuyas cartas tenian por objeto instruir á los herederos de lo que segun los testadores, debia hacerse con sus bienes. Despues revestidos de fuerza obligatoria tales codicilos, se exigió en ellos para que pudiesen justificar la voluntad de sus autores, no el concurso de solemnidades, pues no eran actos políticos los otorgamientos de ellos, sino la reunion de pruebas suficientes para convencer de su autenticidad. Los testamentos dejaron de ser leyes, observandose siempre en las formas de su otorgamiento, las tradiciones de su orígen: y los codicilos han perdido su orígen, su objeto y su eficacia, quedando solo de fuente de inagotables complicaciones en una testamentaría. Si en el testamento puede y debe constar todo lo relativo á la voluntad del testador ¿cuál es el objeto, y cual la necesidad de la existencia de los codicilos? A nuestro ver, carecen de objeto, y léjos de ser necesaria su existencia, deben hacerse desaparecer de la legislacion. Mas como la nuestra se ocupa de ellos, debemos seguirlo haciendo nosotros.

PARRAFO V.

¿Quiénes pueden otorgar codicilos?

Todas aquellas personas á quienes el derecho civil permite hacer constar su última voluntad, es decir, otorgar testamento, pueden hacer codicilos; no solo porque éstos son complementos de los testamentos, sino porque pugnaria que no pudieran complementar y desarrollar sus ideas, ó esponer los motivos y quizá probar las razones de sus actos, los que tienen facultad para espresar éstos y manifestar sus intenciones. Por lo mismo, los que no pueden testar,

Digitized by Google

no pueden otorgar codicilos. Así lo disponen el párrafo 3º de la ley 7ª tít. 6º lib. 29 del Digesto y la 1ª tít. 12 de la Partida 6ª su concordante.

PARRAFO VI.

¿Qué cosas pueden disponerse en los codicilos?

En el codicilo se puede nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al heredero fiduciario nombrado en el testamento, que entregue la herencia al fideicomisario que es el designado en el codicilo y al que el testador se referirá en su testamento por medio de la cláusula codicilar de que hablamos en los párrafos 8º, 9º y 10º siguientes.

Igualmente se puede declarar y especificar en el codicilo, el nombre del que el testador quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en testamento la parte de herencia que ha de formar su mejora y en qué bienes, así como en qué parte de éstos deba ser heredero, siempre que en el testamento se haya referido el testador en éstos pormenores á su codicilo, en cuyo caso el heredero percibirá lo que en éste le señale; y si nada le señalare, será heredero de todos sus bienes. Tambien puede el testador nombrar en codicilo tutor para sus hijos; mas éste tutor necesita la aprobacion judicial, á diferencia del testamentario que no la necesita, segun verémos al hablar de los derechos póstumos de los padres en el párrafo 3º del capítulo 1º de la parte 4ª de esta obra. Todo conforme á la opinion de Murillo, Febrero, Escriche, Romero Gil y otros.

PARRAFO VII.

¿Qué cosas no pueden disponerse en codicilo.

La ley 2ª título 12 Partida 6ª dice: "En los codicilos non pueden ser establescidos herederos derechamente: por ende, si al-

Digitized by Google

gun testador ouiesse establescido heredero en su testamento, e despues desto fiziesse cobdicilo, en el qual pusiesse condicion alguna; o si quissiesse desheredar en el, non empesce al heredero, porque perdiesse por ende toda la herencia, nin parte della, nin seria tenudo de complir la condicion que fuesse y puesta. Pero si en el cobdicilo dixesse el testador, que el heredero que auia establescido en el testamento, le auia fecho tal mal, porque non meresciesse auer la heredad, nombrando aquel yerro; por tal razon como esta embargaria el heredero. Ca perderia el heredero porende la heredad, si el yerro le fuesse prouado. Otrosi dezimos, que si el que fiziesse el cobdicilo vsasse atales palabras, diziendolas, o faziendolas escreuir en el: Ruego, o Mando o Quiero, que aquellos que han derecho de heredar la mi heredad, si yo muriesse sin testamento, que la den a tal ome. O si algun testador que ouiesse establescido a otro por su heredero en su testamento, rogasse, o le mandasse al heredero, o dixesse en el cobdicilo, que queria que la heredad en que lo auia establescido por heredero, que la diesse a otro; vsando el señor de la heredad a dezir tales palabras en el cobdicilo, como estas sobredichas, o otras semejantes dellas, tenudo es el heredero de dar la heredad al otro, assi como lo mando el señor della. Pero bien puede tener para si la quarta parte de la herencia, a que llaman en latin *Trebellianica;* assi como suso mostramos en el titulo, de como se pueden menguar las mandas, en las leyes que fablan en esta razon."

Sobre la existencia de la cuarta Trebeliánica de que habla esta ley, decimos lo mismo que sobre la Falcidia espusimos en su lugar; y nos apoyamos en el artículo 18 de la ley de 10 de Agosto de 1857 que las prohibió y que, como ahora, citamos entonces.

En cuanto á la diferencia que hay entre el codicilo y el testamento, dirémos con la ley 3ª título 12 de la Partida 6ª que: "Departimiento ha muy grande entre los cobdicilos, e los testamentos. Ca los cobdicilos bien se pueden fazer, maguer non pongan en ellos sellos los que los fazen, nin los testigos que se y asiertan; mas puedenlos fazer ante cinco testigos. E puede ome fazer muchos cobdicilos, e non desatara el uno al otro. Fueras ende, si dixesse se-

Digitized by Google

fialadamente aquel que lo fiziere, que el cobdicilo que auia fecho primeramente, que non queria que vala. Otrosi dezimos, que el cobdicilo non se desata, maguer nazca despues fijo a aquel que lo fizo. Mas en los testamentos que se fazen en escrito, el contrario es desto. Ca deuense fazer ante siete testigos, que pongan y sus sellos. E el testamento primero se desata por el postrimero. E otrosi se quebranta, quando nasce despues fijo al fazedor del, segun diximos en el título de los Testamentos."

Creemos que ni los codicilos ni los testamentos pierden su fuerza por el nacimiento póstumo de un hijo al testador, conforme á la ley de 10 de Agosto de 1857 derogada en 7 de Abril de 58 y vigente por el cambio de gobierno; y lo creemos porque en su artículo 10 seccion 1ª dice: "Cuando la muger quedare embarazada y con hijos, si la particion se hiciere ántes del parto, se reservarán dos porciones para el caso de que los póstumos fueren dos; pero si solo naciere uno, se distribuirá entre éste y los otros hijos una de las dos partes reservadas." Y como esta ley es para las sucesiones testadas é intestadas, comprende todos los casos el artículo mencionado.

PARRAFO VIII.

¿Qué es cláusula codicilar y cuáles son sus especies?

Aquella cláusula por cuyo medio el testador ordena en su testamento, sea válida su disposicion, ya como testamento, codicilo, ó como haya lugar en derecho, y esto con el objeto de evitar los males consiguientes al intestado y que de este se originan á los herederos, es lo que Febrero y otros no ménos respetables autores llaman cláusula codicilar. Es de dos maneras; tácita y espresa. La primera es aquella en que dispone el testador que no valiendo su testamento como tal, al ménos sea como codicilo: y la segunda es la en que manda ó ruega que, caso de no valer su testamento como tal, valga como mejor sea posible. Mas una y otra manera que á la verdad nosotros no distinguimos, en último análisis se identifican;

Digitized by Google

por lo que podrémos decir, que no hay mas de una sola especie de cláusulas codicilares, la genérica.

El orígen de la cláusula codicilar se encuentra en el derecho romano, cuya embarazosa série de formalidades para la validez de los testamentos, crió la necesidad de su introduccion, ya para evitar la nulidad de ellos, ya para burlar ó quizá facilitar la aplicacion de las leyes: por esto sin duda se ordenó de esta manera en el párrafo 1º de la ley 29 tít. 1º libro 28 del Dig. El bien que resultaba de tal cláusula y que se indica en la ley 2ª tít. 12 Part. 6ª, que como todas las de este código, en materia de testamentos, son casi plagios de las romanas, era que el heredero legítimo nombrado en testamento, fuera fiduciario en caso de ser nulo aquel y pudiera entregar la herencia á sus hijos, nietos del testador, á los que en este supuesto llama el derecho herederos fideicomisarios.

Por lo espuesto se ve con cuánta justicia se concedia al heredero fiduciario la cuarta Trebeliánica; puesto que, por una parte, nadie podia morir parte testado y parte intestado, y por otra no podia tenerse como intestado al que habia hecho testamento que era nulo independientemente y aun contra su voluntad. Mas como segun la ley Recopilada, aun cuando no se instituya heredero, vale el testamento en cuanto á lo demas, y aun cuando no valiera en nada, no por eso dejaria de heredar quien por derecho debiera, y esto por su órden respectivo y legal; no tiene objeto la cuarta Trebeliánica, y por esto la hemos visto prohibida por la ley de 10 de Agosto de 1857 en su artículo 18; y creemos que tampoco deberá tener lugar la cláusula codicilar, pues supuesta dicha ley Recopilada, ha desaparecido la causa, el motivo, el objeto y la necesidad de dicha cláusula.

PARRAFO IX.

¿Cuándo se entiende puesta la cláusula codicilar, aun no estándolo?

"En tres casos, segun Febrero, se tiene por puesta la cláusula codicilar aun sin estarlo con palabras claras y terminantes. Primero:

Digitized by Google

cuando el testador testa á favor de sus herederos forzosos ó legítimos; pues entónces solo dejaria de valer el testamento faltándole alguna de las solemnidades esternas, como la de los testigos, y aun así valdria la institucion de heredero para saber quién debia serlo *ab intestato*, es decir, segun hubiere lugar en derecho, y esto forma la tácita cláusula codicilar. Segundo: cuando el testador, bajo juramento espresa que quiere se observe por él mismo y los demas, lo que ha dispuesto en su testamento; pues así, segun Febrero, y haciendo que el heredero jure cumplir lo dispuesto en el testamento, presta éste cuantas garantías pueden apetecerse:" lo que si fuera cierto, echaria por tierra las leyes que tienen por objeto las formalidades del testamento. "Y tercero: cuando éste tiene tácita la cláusula codicilar." ¿Cuál sea la manera de estender esta cláusula? lo verémos en los formularios que forman la sesta parte de esta obra.

Hoy entre nosotros no debe prestarse el juramento de que habla Febrero aun cuando fuera necesario la existencia de tal requisito para la validez del testamento; sino ofrecerse el cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, pues por la ley de tolerancia de cultos se prohiben los juramentos de toda clase. Esta ley fué dada en Veracruz á 4 de Diciembre de 1860 y promulgada en México á 5 de Enero de 1861.

PARRAFO X.

¿Qué efectos produce la cláusula codicilar?

Segun las doctrinas de Febrero, "la cláusula codicilar produce los efectos siguientes: primero, que si el testamento escrito careciere de las solemnidades prescritas por las leyes y no de las de los codicilos, valdrán todos los legados; segundo, que si el testador, por no tener heredero forzoso instituye á un estraño en testamento cerrado, y en este no consta la solemnidad de los testigos que la ley quiere, y

Digitized by Google

sí la de los que exige para los codicilos, y tiene la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal: tercero, que si el padre ú otro ascendiente no instituye á sabiendas ó desheredа injustamente á algun descendiente legítimo ó instituye á algun estraño por cuya razon se anule el testamento, se convierte la institucion del estraño en fideicomiso; es decir, que el descendiente ó ascendiente desheredado ó no instituido, tiene que restituir al estraño nombrado el remanente del quinto, y si fuere ascendiente, del tercio: cuarto, que si el padre, testando á favor de sus hijos ó descendientes legítimos, nombra á uno ó mas de ellos por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los demas, ó señalándoles menores partes de las que les corresponden por sus legítimas; los nombrados por herederos universales se entenderán mejorados en el tercio y remanente del quinto, y los preteridos ó desheredados injustamente, solo percibirán su legítima íntegra; bien que, si los preteridos nacen despues de la muerte del testador, podrá ofrecerse dificultad en cuanto á ser gravados en el tercio, considerando que si hubiesen vivido al hacerse el testamento tal vez el padre no les habria omitido ni gravado en dicho tercio. Para evitar este inconveniente, será oportuno comprenderlos en el testamento con la siguiente cláusula: "nombro por mis herederos á N. y P., mis dos hijos legítimos y á los demas descencientes de legítimo matrimonio que por su órden y grado deben heredarme con arreglo á derecho." Sobre esta doctrina debemos decir que no es necesaria tal cláusula ni tiene lugar la pretericion del hijo póstumo, porque ó á la muerte del testador estaba concebido ó no: si no lo estaba, no es heredero; y si lo estaba, debemos atenernos á lo prescrito sobre esto por nuestro derecho antiguo y á la terminante disposicion del artículo 10 de la ley de 10 de Agosto de 1857, que á la letra dice: "Cuando la mujer quedare embarazada y con hijos, si la particion se hiciere ántes del parto, se reservarán dos porciones iguales para el caso de que los póstumos fueren dos. Pero si solo naciere uno, se distribuirá entre este y los otros hijos una de las dos partes reservadas."

Digitized by Google

El quinto de los efectos de las cláusulas codicilares de que habla Febrero es: "que si alguno hace codicilo con las solemnidades debidas y con institucion directa de heredero, será válido conteniendo la cláusula codicilar; por consiguiente los herederos *ab intestato* siendo descendientes, percibirán toda la herencia, ménos el quinto; si fueren ascendientes, las dos terceras partes de ella; y siendo parientes la restituirán al nombrado en el codicilo, reteniendo la cuarta Trebeliánica, pues se reputa por fideicomiso, lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula." Tampoco esta doctrina tiene fuerza legal entre nosotros, pues la precitada ley de 10 de Agosto de 1857 en sus artículos 18, 64 y 65 dice. "Artículo 18. Quedan abolidas las leyes que concedian los derechos llamados cuarta Falcidia y cuarta Trebeliánica y las que concedian á los hijos adoptivos y arrogados el derecho de heredar." "Artículo 64. Los parientes colaterales, en lo sucesivo, solo tendrán derecho á suceder en todos los bienes; siempre que estén dentro del octavo grado civil, y no hubiere descendientes legítimos ó legitimados por subsecuente matrimonio, hijos naturales ó espúrios, reconocidos, ó descendientes de éstos, ascendientes, ni cónyuge supérstite." "Artículo 65. Si existiere alguna ó algunas de las personas mencionadas en el art. anterior, se dará á los colaterales la parte que les corresponda, segun lo dispuesto en la seccion respectiva á cada una de dichas personas y en los artículos 6º y 9º."

El sesto de los efectos que producen las cláusulas codicilares de que habla Febrero, es: "que si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, pasará la herencia del sustituto á los parientes que deben heredarles *ab intestato;* pero éstos tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para sí la cuarta Trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y se considerará como si hubiera sido instituido por él en edad adulta. Pero esto deberá entenderse respecto de los parientes trasversales que hayan de heredar al pupilo *ab intestato;* pues siendo ascendientes, como les corresponde la herencia en calidad de herederos forzosos, no tendrán que restituir al sustituto mas que el tercio con

Digitized by Google

arreglo á lo que manifestamos tratando de la preferencia que debia darse á la madre respecto del sustituto pupilar." Tal es la opinion de Febrero y otros muchos autores. La nuestra es: que sin embargo de que éstos se apoyan en el derecho romano, mas bien que en el nuestro, si en algun caso produce la cláusula codicilar buen resultado, no es por virtud especial de dicha cláusula, sino por la aplicacion recta y deduccion natural de nuestras leyes; y que supuesta la de 10 de Agosto citada, nada significa la opinion de Febrero que servirá de mucho no estando vigente dicha ley.

PARRAFO XI.

¿Puede el testador morir con varios codicilos?

Un codicilo no anula otro codicilo que se hizo ántes, como no se revoque espresamente ó en lo que sean contrarios; de suerte que un testador puede morir dejando muchos codicilos conforme á las leyes 16 tít. 6 lib. 29 del Dig. y 3 tít. 12 de la Partida 6ª y todos valederos segun el párrafo 1º de la ley 6ª tít. 6 lib. 29 del Dig. y la ley 1ª tít. 12 de la Partida 6ª; mas no sucede lo mismo con los testamentos, que no puede haber mas de uno. Por el segundo perfecto, se revoca el primero, segun la ley 3 tít. 12 Partida 6ª La razon de esta diferencia está en que en los codicilos se legan ó dejan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno y otras en otro ú otros codicilos y subsistir todas sin repugnancia ni contrariedades; pero en los testamentos se deja necesariamente la herencia que es sucesion en todo el derecho del testador; y por eso se rompe el testamento primero por el segundo á causa de no poder subsistir ambos por la contrariedad de dejar toda la herencia á uno y toda la misma herencia á otro heredero; ni por consiguiente pueden verificarse ser íntegramente herederos de ellos, pues una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto; absurdo que existiria en el caso de que nos acabamos de ocupar.

Digitized by Google

Aunque despues de hecho el codicilo nazca algun hijo al testador, no se romperá total ni parcialmente por esta causa; pero el testamento sí por la supervivencia de algun hijo heredero, cosa de que no se ocupa el codicilo, y por esto por dicho nacimiento no se invalida. Esto, no estando vigente la ley de 10 de Agosto de 1857; pues estándolo, sucede lo contrario, es decir, que el nacimiento de un hijo del testador despues de otorgado su testamento no le anula por dicha ley. Y creemos que puede decirse lo mismo aun no estando vigente dicha ley, supuestas las 1ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., 1ª tít. 4 lib. 5 de la R. y 2 lib. 19 del Ordenamiento de Alcalá que declaran subsistente el testamento, aun sin institucion de heredero; y como esta institucion era la que se perjudicaba con el nacimiento del póstumo y por lo mismo el testamento, ambos pueden subsistir atento el espíritu de las mencionadas leyes.

PARRAFO XII.

¿Cómo se revocan los codicilos?

Se puede revocar el codicilo lo mismo que el testamento de que las mas veces es complemento, esto es, interviniendo en su revocacion las mismas solemnidades que en su formacion. Igual cosa sucede en la donacion *mortis causâ* y en otras últimas disposiciones y por iguales razones.

Digitized by Google

CAPITULO TERCERO.

Memorias testamentarias.

¿Qué es memoria testamentaria? ¿Cuáles son los requisitos indispensables para su validéz? ¿Cuál es su objeto? ¿Quién puede hacerlas? ¿Cómo se elevan á instrumentos públicos? He aquí las cuestiones que fluyen sobre la materia de este capítulo y que tratarémos en otros tantos párrafos, cuantas son las propuestas, pues que deseamos estudiar con método y utilidad esta parte de nuestra legislacion y práctica forense.

PARRAFO I.

¿Qué es memoria testamentaria?

El escrito privado hecho con separacion del testamento, sin las solemnidades esternas del derecho y al que el testador se remite en el mismo testamento como á parte integrante de êste, es lo que llamamos memoria testamentaria. El orígen, el uso y la autoridad de estas memorias no tienen por fundamento á la ley sino á la costumbre universal, que si bien tiene el carácter de ley es porque se halla revestida de las condiciones indispensables al efecto: tales son su introduccion y existencia á ciencia y paciencia del Soberano. En este sentido es como se ocupan de ellas los autores, aunque refutándolas algunos como el Sr. Cárdenas en la obs. 25 de los vicios de la legislacion española: con cuya refutacion estamos conformes, porque dichas memorias son perniciosas.

Digitized by Google

PARRAFO II.

¿Cuántas y cuáles son las especies que hay de memorias testamentarias?

Dos especies hay de memorias testamentárias: una, las que el testador cita en su testamento, y son las legítimas desde su orígen; pues reciben su autoridad del mismo testamento: y otra, las de que no hace mérito en éste, y son de ménos autoridad que las anteriores; pero unas y otras, una vez protocolizadas, producen los mismos efectos que los testamentos. Las pruebas que pueden darse para demostrar la verdad de las memorias de la segunda especie, son, entre otras; la confrontacion de letras y firmas y la relacion que existe entre la memoria misma y el testamento que complementa, y cuyo complemento resulta de que faltando en el testamento alguna cosa que solo pudiera ser conocida y esplicada por su autor, se halle en el documento que se dice ser su memoria testamentária; de lo que podrá inferirse, aunque no con toda certeza, que ambos documentos deben su ser á la misma persona.

PARRAFO III.

¿Cuáles son los requisitos indispensables para su validéz?

Para que la memoria testamentaria tenga valor legal sobre su autenticidad de orígen y tiempo de existencia, sobre la verdad de su contenido y sobre la integridad de lo en ella escrito, es indispensable que el testador la cite en su testamento ó poder para testar, bien ordenando espresamente que sea tenida por válida, bien anunciando las disposiciones que en ella deja consignadas, ó bien cuando sin esto se justifica por el interesado en su observancia, la autenticidad, la verdad

Digitized by Google

y la integridad de tal documento. En este como se ve, deben exigirse para su fuerza probatoria los requisitos que en historia son indispensables para su credibilidad; y si tal sucede, es porque tambien la memoria es un documento histórico, pues contiene la existencia de uno ó mas hechos consignados por su autor y relativos á su facultad de manifestar su voluntad, cuya memoria conviene perpetuar.

PARRAFO IV.

¿Cuál es el objeto de las memorias testamentarias?

Declarar el nombre del heredero instituido ó desheredado en el testamento, la condicion de la institucion ó la causa y tal vez prueba del motivo de la desheredacion, la manifestacion de los gravámenes impuestos á los herederos y el aumento ó diminucion de las mandas voluntarias; son las cosas que pueden formar el objeto de las memorias testamentarias. De aquí resulta: que, si bien examinamos éstas, en cierto sentido se confunden con los codicilos, aunque aquellas son inferiores pues no pasan de instrumentos privados; y precisamente por esto somos de opinion, que la ley de 10 de Agosto de 1857 al prohibir en su art. 17 que los escribanos dejasen en los testamentos hojas en blanco, y al declarar sin valor alguno lo en ellas contenido, tuvo demasiada justicia, prudencia y tino; pues no cabe duda en que uno de los objetos que se propuso fué nulificar la existencia de las memorias testamentarias, que cuando ménos pueden tener por resultados el servir de fuente de muchos litigios en cuya desaparicion se encuentran tan interesadas la moral y la justicia, la sociedad y la ley que está basada en aquellas para la felicidad de ésta y porque son la razon de su existencia.

Digitized by Google

PARRAFO V.

¿Quién puede otorgar memorias testamentarias?

Todo el que puede testar puede hacer estas memorias, como quiera que el objeto de ellas no puede ser otro que el de hacer constar la voluntad del testador, aunque, repetimos, esta manifestacion no tendrá la fuerza legal y probatoria que la del testamento ó siquiera la del codicilo; mas no por esto dejará de tener igual objeto é igual orígen.

PARRAFO VI.

¿Cómo se elevan á instrumentos públicos las memorias testamentarias?

Los defectos de que adolecen las memorias testamentárias y que hemos tenido cuidado de indicar en los párrafos anteriores, convencen de que no deben otorgarse por sus autores; mas como por desgracia sucede multitud de veces, que éstos no lo saben, no lo comprenden ó quiza no pueden hacer otra cosa como acaece con los que están radicados en un lugar aislado donde no solo no hay escribano, juez, papel sellado, etc., sino que apénas se encuentra una persona que mal sepa escribir, y alguna ocasion ni aun ésta, y entónces suele hacerse en casos muy urgentes pretendiendo darles el carácter de testamentos; para que en tal supuesto ó en los anteriores se eviten en cuanto se pueda tales males, hay un medio muy eficaz y de felices resultados: tal es el de elevar á instrumentos públicos las memorias precitadas.

Hay dos modos de conseguir lo dicho: á saber; primero, cuando los escribanos plenamente cerciorados de la autenticidad, verdad é integridad de las memorias, las protocolizan con los testamentos y las

Digitized by Google

dan en copia con éstos á los interesados para los usos que les convengan y puedan tener: y segundo, cuando los mismos escribanos protocolizan y dan en copia tales memorias, prévio mandato judicial, que es como deben hacerlo y el mejor para los interesados, que entónces llevan la ventaja de tener un documento acrisolado en el criterio judicial y sobre el cual por lo mismo ya no se les puede disputar nada. A nuestro modo de ver esta es la única manera con que legalmente pueden protocolizarse tales documentos, no solo por lo dicho, sino porque los escribanos no tienen facúltad para con su decision sobre un punto dudoso y cuestionable en que no les declaran estar de acuerdo los que pueden estar discordes, resolver con perjuicio de un tercero á quien no han oido ni podido oir, cuestiones de vital interes y de trascendentales resultados.

Sobre la materia de este capítulo consúltense, si se desean mas pormenores, á Sigüenza, Carpio, Murillo, Matienzo, Heineccio, Sala, Escriche, Febrero, A. Gomez, el Escribano instruido, Serna y Montalban y Romero Gil, cuyos autores hemos tenido á la vista para escribirlo.

CAPITULO CUARTO.

Poder para testar.

¿Qué es poder para testar? ¿Cuántas son sus especies? ¿Cuáles las solemnidades indispensables para su validez? ¿Cuál es su objeto? ¿Quién puede darlos? ¿A quién? ¿Cuáles son las facultades del apoderado? ¿Es delegable el poder para testar, espréssese ó no en él esta facultad? Siendo varios los comisarios ó apoderados ¿se estará á lo que decida uno ó la mayoría? ¿Cuál es el término señalado al comisario para obrar como tal? ¿Puede el tes-

Digitized by Google

tador prorogarlo? He aquí las importantísimas cuestiones que ocurren sobre la materia de este capítulo, y que tratarémos en otros tantos párrafos.

PARRAFO I.

¿Qué es poder para testar?

El acto y disposicion en que una persona dá facultad á otra para que en su representacion, en observancia de las leyes y atentas las instrucciones que le ministrare, otorgue su testamento; es y se llama poder para testar. De esta definicion y de la lectura de este capítulo resulta la conviccion de que el poder para testar no es mas que un testamento en poder ó con el nombre de poder: y por lo mismo que, como con suma razon afirma el Sr. Cárdenas en la obs. 24 de "los vicios y defectos mas notables de la legislacion civil de España," es absolutamente inútil; pues, ó interpretamos la legislacion vigente del modo mas estricto, como es prudente, y entónces para que el comisario ejerza su cargo, es necesario absolutamente que el testador no solo le dé facultad especial para todas y cada una de las cosas que pueden disponerse en testamento, sino que le nombre el heredero el mejorado, el tutor ó curador, el albacea, el tiempo dentro del cual debe desempeñar el albaceazgo, el legatario, la cosa legada, los gravámenes y condiciones, etc., lo que en realidad es un testamento; ó interpretamos dichas leyes con mas latitud, y entónces vemos que no sirven para el objeto para que fueron dadas, esto es, para impedir y corregir los fraudes que con tanta facilidad podian cometerse y se cometian supuesta la primera ley que se ocupó del poder para testar, que fue la 7 tit. 8 lib 3 del Fuero Real; pues ni las leyes de Partida, ni el Fuero Juzgo ni el derecho romano se habian ocupado de tal poder para testar.

La ley de 10 de Agosto de 1857 nada dice sobre esto, y por lo mismo deja vigentes las disposiciones antiguas sobre la materia, segun lo dispone en su art. 71.

Digitized by Google

PARRAFO II.

¿Cuántas especies hay de poder para testar?

Hay dos especies de poder para testar. Primera, la en que sin espresar instrucciones, se dá el poder y se llama general. Y segunda, la en que se espresan dichas instrucciones, y se llama propiamente poder para testar. Esta distincion solo la encontramos en las leyes 31, 32 y 33 de Toro, que son las 1ª, 2ª y 3ª del tít. 19 del libro 10 de la Nov. Recop., mas no en los autores que hemos tenido á la vista y á quienes por lo mismo creemos innecesario mencionar. Que las citadas leyes hacen tal distincion puede verse con la lectura de ellas en el párrafo 7 siguiente.

PARRAFO III.

¿Cuáles son los requisitos indispensables para la validez del poder para testar?

Segun la ley 8ª tít. 19 lib. 10 de la Nov. Recop. "En el poder que se diere al comisario para facer todo lo suso dicho ó parte dello, intervenga la solemnidad del Escribano y testigos, que segun leyes de nuestros Reynos han de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan, ni fagan fe los dichos poderes." Es la 13 tít. 4º lib. 5º de la Recop. y 39 de Toro.

Al hablar de las solemnidades ó requisitos indispensables para la validez de los testamentos nuncupativos, dijimos que son tres: unidad de contesto, presencia de testigos y papel del sello respectivo. Este en los poderes de que hablamos, debe ser conforme á la fraccion 7ª del art. 16 de la ley de 14 de Febrero de 1856, del sello segundo para el primer pliego de la copia, y del tercero para los in-

Digitized by Google

termedios y el protocolo conforme á las fracciones 5ª y 9ª del art. 17 de la misma ley.

PARRAFO IV.

¿Cuál es el objeto de los poderes para testar?

El objeto de este poder es evitar la intestacion del poderdante, cuando sus muchas atenciones le impidan otorgar su testamento, ó cuando sea mucha su desidia en el arreglo de esta importante parte de sus derechos en sus relaciones con los á quienes debe ó piensa instituir de herederos. Así nos lo dice la ley 1ª del tít. 19 lib. 10 de la Nov. Recop. que es la 5 tít. 4 lib. 5 de la Recop. y la 31 de Toro.

PARRAFO V.

¿Quiénes pueden otorgar poder para testar?

Probado como lo está quienes pueden testar, solo debemos decir que estos mismos son los que pueden dar poder para testar, puesto que las leyes, léjos de prohibírselos, en lo que no harian un grave mal, se los permite; aunque para evitar los abusos, les reglamenta el uso de tal facultad que les concede ó reconoce y garantiza con las obligaciones que impone á los comisarios. Leyes 1ª tít. 19 lib. 10 de la Nov. que es la 31 de Toro y ley 8ª tít. 7º lib. 3º del Fuero Real.

PARRAFO VI.

¿A quiénes puede conferirse el poder para testar?

A toda persona que no tenga impedimento legal para ser apoderado, se le puede conferir el poder para testar, y una vez habiéndosele dado, lleva el nombre de comisario, por la comision que recibe del poderdante ó testador. Leyes citadas.

Digitized by Google

PARRAFO VII.

¿Cuáles son las facultades del comisario?

Las facultades que las leyes 1ª, 2ª, 4ª, 5ª y 6ª tít. 19 lib. 10 de la Nov. y la 8ª tít. 6º lib. 10 del mismo código, conceden á los comisarios son las que de ellas se ven. La primera dice: "Porque muchas veces acaece, que algunos, porque no pueden ó porque no quieren facer sus testamentos, dan poder á otros que los fagan por ellos, y los tales comisarios facen muchos fraudes y engaños con tales poderes, extendiéndose á mas de la voluntad de aquellos que se los dan; por ende, por evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos, que de aquí adelante el tal comisario no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoria del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar ni pupilar ni exemplarmente, ni facerles substitucion alguna de qualquier calidad que sea: ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, salvo si el que le dio el tal poder para facer testamento, especialmente le dió el poder para facer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para facer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario faga heredero; y en quanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder: y en tal caso el comisario pueda facer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no mas." Es la 31 de Toro y 5 tít. 4 lib. 5 de la Rec. La segunda dice: "Quando el testador no hizo heredero, ni menos dió poder al comisario que lo ficiese por él, ni le dió poder para facer alguna cosa de las dichas en la ley próxima, sino solamente le dió poder para que por él pueda facer testamento; el tal comisario, mandamos, que pueda descargar los cargos de conciencia del testa-

Digitized by Google

dor que le dió el poder, pagando sus deudas y cargos de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, y el remanente se parta entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes *ab intestato;* y si parientes tales no tuviere el testador, mandamos, que el dicho comisario, dexándole á la mujer del que le dió el poder lo que segun leyes de nuestros Reynos le puede pertenecer, sea obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pias, y provechosas al ánima del que le dió el poder, y no en otra cosa alguna." Esta parte de la ley está derogada por las de desamortizacion, adjudicacion y nacionalizacion de bienes eclesiásticos. Dicha ley recopilada es la 32 de Toro y 6 tít. 4 lib. 5 de la Recop. La cuarta dice: "El comisario por virtud del poder que tuviere, para hacer testamento, no pueda revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello." Es la 34 de Toro y 8 tít. 4 lib. 5 de la Rec. La quinta dice: "El comisario no pueda revocar el testamento que hubiere por virtud de su poder una vez fecho, ni pueda despues de hecho fazer *codicilo*, aunque sea *ad pias causas;* aunque reserve en sí el poder para lo revocar ó para añadir, ó amenguar, ó para facer codicilo, ó declaracion alguna." Es la 35 de Toro y 9 tít. 4 lib. 5 de la Rec. La sesta dice: "Quando el testador nombrada ó señaladamente fizo heredero, y fecho, dió poder á otro que acabase por él su testamento, el tal comisario no pueda mandar, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del testador, mas de la quinta parte de sus bienes del testador; y si mas mandare, que no vala, salvo si el testador especialmente le dió poder para mas." Es la 47 de Toro y 11 tít. 4 lib. 5 de la Rec. Y la ley 3 tít. 6º lib. 10 de la Nov. Rec. dice: "El padre ó la madre y abuelos, en vida ó al tiempo de su muerte, puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejora, en que lo haya el fijo, ó fijos ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte; *pero mandamos, que esta*

Digitized by Google

facultad de lo poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna." Es la 19 de Toro y la 3 tít. 6 lib. 5 de la Rec.

Deben consultarse á Serna y Montalban en el tomo 2º de sus Elementos del derecho civil de España, secc. 5ª párrafo 16, notas 1ª y 2ª con los muchos autores que citan con exactitud y veracidad.

CONCORDANCIAS.

Conforme á los artículos 661; 662 y 663 del Código español: "El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de esta no exceda de la medida legal de aquella; pero no podrá cometer el señalamiento á otro alguno, ni aun al mismo mejorado."

"La facultad de mejorar no puede cometerse á otro."

"Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyugues, puede el viudo ó viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto."

PARRAFO VIII.

¿Es delegable el poder para testar, esprésese ó no en él esta facultad?

Solo en dos casos puede delegarse el poder para testar: primero, cuando el poderdante ó testador concede en el mismo poder facultad de delegarlo ó sustituirlo y determina la persona en quien puede delegarse ó sustituirse: y segundo, cuando nombra por su apoderado ó comisario á un individuo no tanto por sus cualidades personales, amistad que con él tenga y conocimiento del apoderado en todos los negocios del poderdante, sino por el puesto que ocupa ó dignidad

Digitized by Google

que le caracteriza; y en este segundo caso se delega el poder, ó mas bien se sigue ejerciendo por el individuo que sustituye al que ocupaba el puesto ó tenia la dignidad en cuyo miramiento fué nombrado apoderado ó comisario por el testador para que á su nombre testara, segun las facultades que al efecto se le concedian en el poder de que hablamos. Este segundo caso se verifica cuando, por ejemplo, dice el poderdante: "Doy poder al Ilmo. Sr. Obispo de Michoacan para que por mí teste y á mi nombre haga esto, aquello ó lo otro." Pues como se ve, no nombra precisamente al actual Sr. Obispo, sino en general al Sr. Obispo de Michoacan; y por tanto los Sres. Obispos, por sucesores del actual, tambien van á su turno siendo comisarios del testador.

PARRAFO IX.

Siendo varios los comisarios y estando divididos ó no concurriendo todos á cumplir con su encargo, ¿á qué voto deberá estarse en lo que hicieren, al de la mayoría ó al de uno solo?

Muchos testadores para tener ménos temor de que haya errores, malas prevenciones, etc., en el comisario, y á fin de evitarlo, nombran otros comisarios, olvidando con esto que, por desgracia, juegan entónces mas las pasiones, y que la pluralidad de comisarios concluye con el poder, á manera del politeismo religioso, fracasando de este modo con mas frecuencia, facilidad y descaro del ó de los criminales, las mas buenas ideas, sanas intenciones y nobles sentimientos del testador, que en último análisis vienen á estrellarse en esa funesta é inflexible roca de la codicia humana que conocemos con los nombres de comisarios, albaceas y tutores ó curadores. Mas sea de esto lo que fuere, lo cierto es que puede el testador, conforme á la ley 7ª tít. 19 lib. 10 de la Nov. Recop., nombrar uno ó mas comisarios de una de dos maneras: ó de mancomun ó cada uno *in sólidum;* y esto es lo mejor aun para prevenir en parte los males indicados al principio de este párrafo.

Digitized by Google

Si se hubieren nombrado varios comisarios para que todos de comun acuerdo hagan por su poderdante el testamento de éste y no se pudieren convenir, se estará á la mayoría de los votos; y lo mismo sucederá si uno de los comisarios muriere ó no quisiere concurrir cuando se le llame á coadyuvar á hacer el testamento; pues entónces lo que hicieren los demas será válido, como quiera que de otro modo se perjudicarian los herederos y legatarios, los bienes del testador y en resúmen la sociedad. Pero si ni aun los que concurrieren estuvieren de acuerdo en lo que deben hacer, decidirá la suerte. Así nos lo dice la ley 7ª título, libro y código citados en estas terminantes palabras: "Quando el testador dexare dos ó mas comisarios, si alguno ó algunos dellos requeridos no quisieren ó no pudieren usar del dicho poder, ó se murieren, el poder quede por entero al otro, ó á otros que quisieren y pudieren usar del dicho poder. Y en caso que los tales comisarios discordaren, cúmplase y executese lo que mandare y declarare la mayor parte dellos; y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados á tomar por tercero al Corregidor, Asistente, Gobernador, ó Alcalde mayor del lugar donde fuere el testador; y si no hubiere Corregidor, Asistente, ni Gobernador, ni Alcalde mayor, que tomen Alcalde ordinario del dicho lugar por tercero; y si muchos Alcaldes ordinarios hubiere, y no se concertaren los dichos comisarios qual sea, en tal caso echen suertes, y el Alcalde á quien cupiere la suerte, se junte con ellos; y lo que la mayor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y execute." Es la 38 de Toro y 12 tít. 4 lib. 5 de la Rec.

PARRAFO X.

¿Cuál es el término señalado al comisario para obrar como tal?

Debe el comisario concluir su comision en los términos de que habla la ley 3ª tít. 19 lib. 10 de la Nov. Recop., que á la letra dice: "El comisario para facer testamento ó mandas, ó para declarar, por

Digitized by Google

virtud del poder que tiene, lo que ha de facer de los bienes del testador, no tenga mas término que quatro meses, si estaba, al tiempo que se dió el poder, en la ciudad, villa ó lugar donde se le dió el poder; y si al dicho tiempo estaba ausente, pero dentro destos nuestros Reynos, no tenga ni dure su poder mas de seis meses; y si estuviere fuera de los dichos Reynos al dicho tiempo, tenga término de un año, y no mas: y pasados los dichos términos, no pueda mas hacer que si el poder no le fuera dado; y vengan los dichos bienes á los que los habian de haber, muriendo el testador *ab intestato:* los quales términos mandamos, que corran al tal comisario, aunque diga y alegue, que nunca vino á su noticia, que el tal poder le habia sido dado: pero lo que el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó señalando cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, mandamos, que en tal caso el comisario sea obligado á lo hacer; y si pasado el dicho tiempo no lo hiciere, que sea habido como si el tal comisario lo hiciese ó declarase." Es la 33 de Toro y 7 tít. 4 lib. 5 de la Rec.

PARRAFO XI.

¿Puede el testador prorogar estos términos?

Con ligereza dijimos en nuestra primera edicion, que el testador puede prorogar en el poder, el término concedido por la ley, no solo para que el comisario ejecute sus disposiciones, sino para hacer su testamento, disponiendo ó declarando lo que tuviere comunicado; y para sentar esto nos apoyamos en que el testador podia renunciar el derecho que pretendimos le concedia la ley 33 de Toro, que es la 3ª tít. 19 lib. 10 de la Nov. Recop. Mas de la simple lectura de esta ley trascrita en el párrafo antecedente, resulta la plena conviccion de que no otorga al testador semejante derecho; ni podria hacerlo sin facilitar la interminabilidad del otorgamiento ó cumplimiento de esa disposicion testamentaria que llamamos poder para testar. Por

Digitized by Google

lo mismo y para conseguirlo, la ley se ha propuesto fijar límites á una y otra cosa, ya para impedir los abusos del comisario y ya para favorecer la pronta adquisicion y goce de los bienes testamentarios, por los herederos del finado. Por otra parte, esta ley es preceptiva y de las que los teólogos llaman negativas: así es que, aun cuando fuera cierta la opinion que emitimos en la edicion primera, relativa al derecho concedido al testador; éste no podria renunciarlo porque no lo tendria con facultad de perjudicar á una tercera persona, que es su heredero. De esto resulta que los escribanos no deben autorizar tales poderes con semejante prorogacion del término para concluirlos.

CAPITULO QUINTO.

Sucesion intestada.

¿Qué es sucesion intestada? ¿en qué casos tiene lugar? ¿cuántos y cuáles son los modos de suceder *ab intestato*? ¿qué personas son llamadas á la sucesion intestada? ¿cuántos y cuáles son los órdenes de suceder ab intestato? ¿cuáles son los derechos del cónyuge supérstite para heredar al finado, muera testado ó intestado? Estas importantes cuestiones las trataremos en los siguientes párrafos para dar término á esta tercera parte de la obra.

PARRAFO I.

¿Qué es sucesion intestada?

Sucesion intestada es un modo de heredar establecido por las leyes para los casos en que falte disposicion espresa del difunto. En

Digitized by Google

consecuencia, el heredero *ab intestato*, es llamado por la ley en defecto del heredero testamentario. Tambien se llama legítima esta sucesion, atendiendo á que su orígen es la ley que quiso suplir así el gran vacío que la sociedad esperimentaria si los hijos ó herederos del finado quedasen espuestos á los funestos resultados de un descuido, de una fatal casualidad ó quizá de una perversa intencion ó una punible negligencia del finado intestado. Ademas tuvo en cuenta la ley para reglamentar la sucesion intestada, los sentimientos mas íntimos y naturales del corazon, las relaciones de amor, cariño, gratitud y consideracion, y lo que es mas, las del parentesco de un hombre con otro. Por eso dispone que entren á la herencia primero los descendientes del intestado; pues sin equivocarse, supone que si éste hubiera dispuesto de sus bienes, lo habria hecho en favor de aquellos, no solo por los motivos espuestos, sino muy especialmente por el imprescindible deber que el hombre tiene de proporcionar á sus hijos los medios necesarios para su crianza, conservacion, educacion y establecimiento. Despues de estas personas, ocupan el primer lugar en el corazon del hombre y en las relaciones que le ligan á la vida, sus ascendientes; por esto la ley de sucesiones intestadas los llama á estas herencias despues de los descendientes del difunto. Siguiendo la progresion decresciente del amor del hombre y de sus relaciones con los demas séres de su misma especie, se comprende y esplica cómo á falta de descendientes y ascendientes entran los hermanos y demas parientes del intestado á la adquisicion y posesion de sus bienes.

PARRAFO II.

¿En qué casos tiene lugar dicha sucesion?

Diez son los casos en que tiene lugar la sucesion intestada segun la razon y la ley 1ª tít. 13 de la Part. 6ª. Primero: "Quando ome muere, e non faze testamento." Segundo: "Quando faze testamento

Digitized by Google

non cumplido; non guardando la forma, que deuia ser guardada en fazerlo, segun diximos en el titulo de los Testamentos." Tercero: "Quando el testador fizo testamento, que se rompio por algun fijo que nascio despues; del qual fijo non fizo enmiente en el testamento. O si por auentura, aquel que fizo el testamento, se dexo despues porfijar a otro, de manera, que passasse a poder de aquel que lo porfijo." Segun el art. 10 de la ley de 10 de Agosto de 1857, no hay el inconveniente de que habla la ley de Partida; pues "cuando la mujer que lare embarazada y con hijos, si la particion se hiciere ántes del parto, se reservarán dos porciones para el caso de que los póstumos fueren dos. Pero si solo naciere uno, se distribuirá entre éste y los otros hijos una de las dos partes reservadas." Cuarto: "Quando faze testamento acabado, e establesce el heredero en el, e aquel heredero non quiere la heredad, desechandola." Quinto: Cuando aun teniendo capacidad de otorgar testamento, y aun habiéndolo otorgado, no instituyó heredero; pues entónces "herede aquel, que segun Derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento; y cúmplase el testamento:" nos dice la ley 1ª tit. 18 lib. 10 de la Nov. Recop., que es la 1ª tit. 4º lib. 5 de la R., y 2 tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá. Sesto: "Cuando el instituido heredero lo fué desde ó hasta cierto dia y ha muerto ántes de llegar al primero, ó pretendido recibir la herencia despues de pasado el segundo." Sétimo: "Cuando el instituido heredero murió ántes que el testador ó aunque despues, sin haber aceptado en tiempo y forma la herencia; pues ésta será habida por los herederos de éste que lo serán *ab intestato* del primer testador." Octavo: "Cuando se interponga la querella de inoficioso testamento, y éste se declare insubsistente por la autoridad judicial." Noveno: "Cuando el que otorgó el testamento no tenia la capacidad legal para hacerlo." Y décimo: "Cuando debiendo haberse otorgado el testamento por el comisario, éste no lo hizo por cualquier motivo; pues entónces pagadas las deudas, el remanente de los bienes se partirá entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes *ab intestato*." Nos dice la ley 32 de Toro que es la 2ª tit. 19 lib. 10 de la Nov. Recop.

Digitized by Google

PARRAFO III.

¿Cuántos y cuáles son los modos de suceder ab intestato?

De tres modos puede sucederse *ab intestato*: por cabezas, por estirpes ó familias, y por líneas. Hé aquí los modos de suceder *ab intestato*. Se sucede por cabezas, cuando las personas llamadas á suceder lo hacen por derecho propio y en consideracion á ellas mismas. Se entiende que se sucede por estirpes ó familias, cuando los llamados á la herencia entran en ella en representacion de parientes que si vivieran vendrian á la sucesion por derecho propio. Varios autores como Febrero, Escriche, Carpio y otros, citan dos casos en que estos descendientes no heredan en representacion sino por derecho propio, sucediendo no por familias como debian, sino por cabezas. Estos son: primero, cuando los hijos del finado son declarados indignos de sucederle; pues entónces los hijos de éstos entrarán en la herencia de su abuelo por derecho propio, porque son los que en esos casos se reputan por hijos: y segundo, si un hijo renunciare la herencia de su padre; en cuyo caso los hijos del renunciante sucederán á su abuelo tambien por derecho propio, pues el padre desechó un derecho que no debia, y que sin embargo la ley no quiere se pierda. Esto segundo se entiende si el difunto no tuviere otros hijos hermanos del que renuncia ó es destituido y tios de los nietos que heredan, pues si los hubiese dejado, éstos tambien serán herederos con los nietos; pero éstos heredarán su parte por familia y los tios por cabezas. Y por último, la tercera sucesion, la de líneas, se entiende con respecto á los ascendientes y á los laterales, de los cuales el mas próximo escluye al mas remoto y lo heredan por representacion familiar. Así lo disponen las leyes 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª del tít. 13 de la Part. 6ª, y los artículos del 29 al 67 de la ley de 10 de Agosto de 1857, que en su art. 55 á la letra dice: "El ascendiente mas próximo en cada línea, escluirá á los demas de la misma."

Digitized by Google

PARRAFO IV.

¿Qué personas son llamadas á la sucesion intestada?

La ley llama á esta sucesion á las personas en el órden siguiente. Primero, descendientes: leyes 3 tít. 13 Part. 6ª, 1 tít. 8 lib. 5 R., 1 tít. 20 lib. 10 Nov., 6 de Toro y artículos del 29 al 48 de la de 10 de Agosto de 1857. Segundo, ascendientes: ley 4ª título y Partida citadas, 1 tít. 8º lib. 5 R., 1 tít. 20 lib. 10 Nov., 6 de Toro y artículos del 49 al 55 de la ley de 10 de Agosto de 1857. Tercero, colaterales hasta el cuarto grado canónico: ley 5ª título y Partida citadas, 4 y 5 tít. 8 lib. 5 R., 2 y 3 tít. 20 lib. 10 Nov., y 7 y 8 de Toro; y hasta el 8º civil segun los artículos 64, 65, 66 y 67 de la ley de 10 de Agosto de 1857. Cuarto, hijos naturales: ley 8ª título y Partida citadas, 7 y 8 tít. 8 lib. 5 R., 5 y 6 tít. 20 lib. 10 Nov., 9 y 10 de Toro, y los artículos mencionados en la primera cita de la ley de 10 de Agosto de 1857. Quinto, cónyuge supérstite: ley 7 título y Partida citadas, especialmente la ley 23 tít. 11 de la Partida 4ª, y artículos del 56 al 63 de la ley de 10 de Agosto de 1857. Sobre esto debe verse el párrafo 6º siguiente. Sesto, los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado. Y sétimo, el fisco.

De las citas hechas, resulta: que conforme á la ley de 10 de Agosto de 1857 son llamados primero los descendientes legítimos ó legitimados por subsecuente matrimonio y los hijos naturales; luego los ascendientes, despues el cónyuge supérstite ó viudo; á falta de éstos, los colaterales hasta el octavo grado civil; y despues el fisco. Todos en los términos de que hablan los artículos del 29 al 71 de la precitada ley.

De cada uno nos ocuparémos en el párrafo siguiente.

Digitized by Google

PARRAFO V.

¿Cuántos y cuáles son los órdenes de suceder ab intestato?

Los mismos que resultan fijados en el párrafo anterior al estudiar qué personas son llamadas á esta sucesion y de las cuales nos ocuparémos en los cuatro puntos siguientes, en el último de los cuales fijarémos los derechos de la viuda á los bienes distintos de los gananciales y cuarta marital, así como los del marido distintos de las utilidades.

PUNTO I.

Descendientes.

Dijimos al hablar de herederos testamentarios, qué son, cómo suceden &c.; y como de la misma manera heredan por testamento que *ab intestato*, creemos supérfluo repetir lo espuesto en el punto primero, párrafo quinto, capítulo cuarto, de la segunda parte de esta obra, á donde remitimos al lector. Solo sí fijarémos con los Sres. Serna y Montalban, las siete reglas siguientes que ponen en el número 3 del párrafo segundo tít. 2º lib. 3º, tomo 2º de su obra intitulada: Elementos del Derecho civil y penal de España.

1ª "Todos los descendientes de primer grado legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, suceden por derecho propio, y son preferidos á los de grados ulteriores que provienen de ellos. Leyes 3ª tít. 13 Part. 6ª, 2ª tít. 6 lib. 4 del Fuero Real, y 1ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. Recop."

2ª "Los nietos entran á suceder á falta de sus padres, y en concurrencia con sus tios; pero éstos suceden por derecho propio, y aquellos por representacion."

3ª "No habiendo descendientes del primer grado, sucederán en

Digitized by Google

estirpes los que hubiere de grados ulteriores; y debemos advertir que en esta línea es ilimitado el derecho de representacion: ley 3ª tít. 13 Part. 4ª"

4ª "A falta de descendientes legítimos, entran los naturales legitimados para suceder con autorizacion real, aunque en los bienes y honores de los demas parientes sucederán justamente con los legítimos: ley 7ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. R."

5ª "No teniendo la madre hijos legítimos ó legitimados, le sucederán los naturales, y en su falta, los espúrios, con preferencia á los ascendientes. Sin embargo, si los hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, no podrán heredarla *ab intestato*, así como tampoco ex-testamento: ley 5ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. Recop."

6ª "Los hijos naturales sucederán al padre, si éste no tuviere legítimos, en la sesta parte de la herencia, que dividirán con su madre, sin que pueda impedirlo la viuda del difunto: leyes 8ª y 9ª tit. 13 Part. 6ª"

7ª "Los hijos abortivos no serán admitidos á la sucesion."

CONCORDANCIAS.

Los artículos 942 del Código sardo; cap. 12 lib. 3 del bávaro; 745 del francés; y 761, 762 y 763 del español, llaman á la herencia en primer lugar a la línea recta descendente: así es que por dichos códigos los hijos del difunto le heredan siempre por su propio derecho y en partes iguales, y los nietos y demas descendientes por derecho de representacion y dividiéndose entre sí, por partes proporcionales la porcion de herencia de su representado; pues segun los artículos 739 del Código francés, 660 del napolitano, 924 del sardo, 524 del de Vaud, 888 del holandés, 890 del de la Luisiana y 753 del español: "la representacion es una ficcion de la ley, cuyo efecto es hacer entrar a los representantes en el lugar, grado y derechos del representado;" y por tanto, como dice el art. 754 del Código español; "la representacion tiene siempre lugar en la línea

Digitized by Google

recta descendente, nunca en la ascendente; y en la colateral, solo á favor de los hijos y descendientes de los hermanos, séanlo de padre y madre ó de un solo lado."

PUNTO II.

De los ascendientes, colaterales, hijos naturales, espúrios y demas personas que á falta de éstos deben heredar al finado, ab intestato.

"El afecto hácia nuestros ascendientes, superior al que tenemos á los parientes laterales, y la indemnizacion que se les debe por los cuidados, vigilancia y servicios que nos han prestado, son causas de haberles señalado el segundo lugar en el órden de suceder;" dicen Serna y Montalban en la obra citada:

"En él se observarán las siguientes reglas.

"1ª A falta de descendientes, sucederán los ascendientes legítimos."

"2ª Los mas próximos escluyen á los mas remotos, aunque éstos sean de diferente línea."

"3ª Estando igualmente distantes, se harán dos partes de la herencia; una para cada línea, de suerte, que si hubiere dos abuelos paternos y uno solo materno, éste llevará tanta porcion como los otros dos. Leyes 4ª tít. 13 Part. 6ª y 1ª tít. 20 lib. 10 Nov. Rec." Cuando son mas cercanos unos que otros, aquellos, conforme al art. 8º de la ley de 10 de Agosto de 1857, llevarán doble porcion de bienes.

"4ª No se separan los bienes procedentes del padre y de la madre, escepto en aquellos pueblos en que se observa el fuero de troncalidad, que consiste en que el abuelo de parte del padre herede lo que fuere de éste; y el abuelo de parte de madre lo que á ella perteneció. Leyes 1ª tít. 2 lib. 5º del Fuero Viejo, y 10 tít. 6.º lib. 3 del Fuero Real."

"5ª En la sucesion de los ilegítimos se siguen recíprocamente

Digitized by Google

las mismas reglas que en la de los descendientes. Ley 8ª tít. 13 Part. 6ª Sin embargo es de advertir que el padre natural debe entrar á suceder inmediatamente á falta de descendientes y de la madre de su hijo, pues todos los parientes laterales que tiene éste, como no le están unidos con un vínculo de legitimidad, deben ser escluidos aun por los ascendientes paternos."

"6ª En ningun caso concurren con los ascendientes, los hermanos ni sobrinos del difunto. Ley 2ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. Recop." En nuestro país sucede lo mismo supuesto el art. 64 de la ley de 10 de Agosto de 1857, tratándose del todo de la herencia, pero no de la parte que se les concede en los artículos 6, 9, 44, 51, 52 y 62 de la misma ley.

Lo relativo á ascendientes, hijos naturales, espúrios, etc., y lo que ve á los colaterales de todas clases y á los que á falta de éstos deben heredar, lo esplica Febrero de esta manera. "Siendo recíproca la sucesion entre ascendientes y descendientes heredarán los primeros á los hijos ilegítimos en la misma forma que éstos suceden á aquellos. De consiguiente el padre sucederá al hijo natural solo en la sesta parte, y la madre en las cinco restantes, las que pasarán á los herederos de ésta, en caso de muerte. Ley 6 tít. 13 Part. 6ª"

"Si el padre falleciese ántes que el hijo natural, tendrá la madre derecho á todos los bienes. Habiendo espuesto en otra parte por qué la ley habia mejorado la condicion de los hijos naturales y admitido el principio de reciprocidad que dejamos sentado, parece que el padre deberá tambien tener á su vez igual derecho para suceder al hijo en los propios términos y con los mismos requisitos y órden prescritos á éste en dicha ley. Estas mismas razones y aun con mas fuerza existen en favor de las madres, y por esto deben ser herederas en el mismo órden en que son testadoras."

"Del mismo principio de reciprocidad se deduce: que el padre jamas heredará al hijo espúrio, puesto que éste nunca es llamado á la sucesion de aquel; mas no sucede así con respecto á la madre que debe heredarle en los mismos términos que éste lo verifica respecto de ella. La obligacion de darse alimentos tambien es recí-

Digitized by Google

proca, y así debe guardarse igualdad entre ellos, de modo que en todos los casos en que los hijos deben ser alimentados por los padres ó parientes, es igual el derecho de éstos y la obligacion de aquellos."

"En la adopcion no tiene lugar la reciprocidad, pues aunque hemos visto que el adoptado sucede al adoptante en algunas ocasiones, éste nunca tiene derecho á suceder al hijo adoptado."

"Los colaterales pueden suceder hasta el décimo grado segun las leyes que se citan, computándose los grados civilmente."

"La computacion de grados segun el órden civil debe hacerse empezando á contar desde el pariente colateral que quiera suceder subiendo hasta el padre ó ascendiente de quienes todos proceden, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata: así en el caso de ser un primo hermano se subirá al padre, despues al abuelo comun, de éste se descenderá al hijo, hermano del padre que sucede y padre del difunto, y despues se seguirá hasta éste, resultando por consecuencia cuatro grados."

"En la sucesion colateral se atiende á la proximidad del parentesco, de suerte que el mas próximo escluye á los mas remotos."

"El doble vínculo solo da preferencia hasta el cuarto grado, es decir, que los hermanos y sus hijos que lo sean bilaterales, esto es, de padre y madre serán preferidos á los unilaterales, quienes únicamente sucederán en defecto de aquellos. Pero los hermanos consanguíneos, ó sea de parte del padre heredarán los bienes procedentes de éste, los uterinos ó de madre los de ésta, y se dividirán por partes iguales los bienes adquiridos por cualquier concepto." Ley 6ª tit. 13 Part. 6ª

Por el art. 8º de la ley de 10 de Agosto de 1857 el doble vínculo solo da derecho á doble porcion de bienes, pero no á escluir de la herencia á los parientes ménos próximos y que deban tambien heredar, aunque en menor escala.

"Los hermanos de ambos lados del difunto, son los primeros llamados á esta sucesion, dividiendo la herencia en tantas partes cuantos son ellos en número. Si muriere algun hermano dejando hijos,

Digitized by Google

vendrán éstos representando la persona de su padre; y si concurriesen solos, heredarán por cabezas, pues la representacion en la línea trasversal tiene lugar únicamente cuando los sobrinos concurren con sus tios. Así pues, si hubiesen muerto todos los hermanos bilaterales dejando hijos, se repartirán éstos la herencia por iguales partes, escluyendo á los hermanos de un solo lado y á los tios del finado."

"A falta de herederos bilaterales y de sus hijos, suceden los hermanos unilaterales consanguíneos ó uterinos con los suyos en igual forma que aquellos, heredando por cabezas y sus hijos por estirpes cuando concurran con sus tios, y si estuvieren solos sucederán tambien por cabezas. Si concurriesen los hermanos consanguíneos con los uterinos, se atenderá á la procedencia de los bienes. Ley 6.ª tít. 13 Part. 6.ª"

"En defecto de hermanos y sobrinos suceden los demas parientes colaterales por su órden y grado, de suerte que entrarán los tios del difunto, á los cuales son preferidos los hijos de los hermanos ó sean los sobrinos, porque la línea de los descendientes aun con respecto á los colaterales siempre se reputa mas cercana, porque el hijo del hermano representa indirectamente al hermano del difunto: para heredar es lo mismo que si viviera. Los tios suceden por derecho propio. Los primeros hermanos del difunto sucederán á falta de los anteriores, verificándolo tambien por derecho propio y sin que la procedencia del doble vínculo les dé preferencia."

"En caso de que el interesado fuere hijo natural y no tuviere descendientes, ni madre, le sucederán los hermanos de parte de ésta con esclusion de los de parte paterna, porque la madre es la conocida y el padre no. A falta de éstos suceden los hermanos de parte del padre, prefiriendo los legítimos á los naturales. Ley 12 tít. 13 Part. 6.ª Los hijos naturales están escluidos de heredar á sus hermanos legítimos y á los demas parientes por parte del padre, pero no á los maternos si son los mas próximos en grado." Téngase presente la ley de 10 de Agosto de 1857.

"Los espúrios, de cualquiera clase que sean, no sucederán *ab in-*

Digitized by Google

testato á los parientes de su padre, ni éstos á ellos, porque en la incertidumbre de la filiacion y parentesco por parte paterna, no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos."

"Tampoco sucederán los espúrios de dañado y punible ayuntamiento, á los hermanos ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden á su madre ni esta á ellos, tampoco deben suceder á los parientes por su línea, ni éstos heredarlos. Los hijos adoptivos tampoco sucederán á los hijos y parientes del adoptante. Ley 9 tít. 13 Part. 4.ª"

"Sigue el cuarto órden de sucesion que la forman los hijos naturales con respecto á la falta de descendientes, ascendientes y parientes colaterales. Hemos espuesto en otra parte el derecho preferente de los hijos naturales con respecto á la sucesion de la madre, y que tambien sucedian al padre en defecto de hijos legítimados; pero únicamente en la esta parte de la herencia que debian partir con su madre. Leyes 8.ª y 9.ª tít. 13 Part. 6:" y debemos no olvidar por esta doctrina lo dispuesto en la ley de 10 de Agosto de 1857.

Tambien allí manifestámos que la ley concedió mas amplios derechos á los hijos naturales; en efecto, estando ántes limitada la sucesion de éstos al caso y forma que acábamos de indicar, dicha ley les concedió que sucedieran al padre como legítimos herederos en preferencia á la muger del mismo padre y á los colaterales fuera del cuarto grado, en el caso de que no existan descendientes, ascendientes ni colaterales hasta el dicho grado."

Hemos trascrito estas doctrinas para instruccion de la juventud y nada mas; pues casi en su totalidad están derogadas las leyes en que se fundan por la de 10 de Agosto de 1857 que tuvimos cuidado de trascribir en sus lugares respectivos; y aunque durante tres años estuvo derogada, ahora está vigente por el cambio político efectuado el 25 de Diciembre último.

Réstanos solo hablar de las herencias *ab intestato* cuando los herederos son religiosos y cuando los intestados son sacerdotes.

Respecto de los primeros dice la ley 17 tít. 20 lib. 10 de la Nov.

Digitized by Google

R. "Prohibo, que los Religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes *ab intestato*, por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos; quedando por conseqüencia los conventos sin accion á los bienes de los parientes de sus individuos con título de representacion ni otro concepto: é igualmente prohibo á los Tribunales y Justicias de estos mis Reynos, que sobre este asunto admitan, ni permitan admitir demanda ni contestacion alguna; pues por el hecho de verificarse la profesion del Religioso ó Religiosa, les declaro inhábiles á pedir ni deducir accion alguna sobre los bienes de sus parientes que mueran *ab intestato*, y lo mismo á sus Monasterios y Conventos el reclamar en su nombre estas herencias, que deben recaer en los demas parientes capaces de adquirirlas, y á quienes por Derecho corresponda." Por las leyes de reforma ya no hay religiosos en México, así es que no subsiste esta ley; pero como sí hay religiosas y por las mismas leyes de reforma se las permite testar sus dotes y que *ab intestato* las hereden sus parientes conforme á derecho y ademas se prohibe á las iglesias y conventos adquirir propiedades raices, parece que debe subsistir la ley de la Nov., tal como la acabamos de citar.

Por lo que ve á los segundos, dice la ley 4.ª tít. 21 de la Part. 1.ª que "Testamento pueden facer los clerigos de sus cosas, segun dize en la ley ante desta. Mas porque acaese a las vegadas, que mueren sin testamento, departio Santa Eglesia, quien deue auer sus bienes de los que assi murieren. E mando, que todas las cosas que los clerigos ganazen por razon de sus personas, segund dize en la tercera ley ante desta, que las heredassen sus parientes los mas propincos, segund dize en el titulo de las Herencias en la sexta Partida, do se muestra, en que manera deuen los omes heredar a sus parientes, quando mueren sin testamento. E si por auentura non ouiessen parientes ningunos fasta el quarto grado, que lo heredasse la Eglesia en que era Beneficiado. E si en muchas Eglesias ouies-

Digitized by Google

sen Beneficio, que lo partiessen entre todas, segund que ouiessen lleuado de cada vna. E los bienes del Clerigo que ansi muriesse, deuelos recabdar lealmente el Perlado de aquel logar do fuesse, para dar a cada Eglesia su parte derechamente. E si non ouiesse Beneficio, mando, que fuesse de la Eglesia, onde seruia; ca razon es, que aquella sea su heredera, que lo allego a Dios, pues que otro pariente non auia." Esta ley tampoco está vigente entre nosotros, si los bienes son raices, supuestas las leyes de reforma, y por la de 10 de Agosto de 1857, como se ve en sus artículos 26 y 27 que hemas trascrito en su lugar respectivo.

CONCORDANCIAS.

Segun los artículos 733, 748 y 749 del Código francés; 889, 900 y 907 del de la Luisiana; 533 y 535 del de Vaud; 669 y 671 del napolitano; 934 y 936 del sardo; 480 y 489 del prusiano; cap. 12 lib. 3 del bávaro; y 764, 765 y 766 del español: "á falta de hijos y descendientes del difunto, heredan sus ascendientes con absoluta esclusion de los colaterales. Si existen padre y madre del difunto, le heredan por partes iguales. Existiendo uno solo de ellos, le heredará en el todo. A falta de padre y madre del difunto, le heredarán los demas ascendientes mas próximos en grado, y en partes iguales, aunque sean de distintas líneas."

Por los artículos del 767 al 772 del mismo Código español, se "llama á la herencia á falta de descendientes y ascendientes, á los parientes colaterales del finado. A éste le heredan por partes iguales si son sus hermanos de padre y madre, ó en representacion de éstos si fueren sus hijos, y por lo mismo sobrinos del finado. Si existen hermanos de padre y madre y medio-hermanos del difunto, los primeros tienen derecho á una porcion doble de la que toque á los medio-hermanos;" cuya disposicion está copiada en el art. 8º de nuestra ley de 10 de Agosto de 1857. En caso de no quedar sino medios hermanos del difunto, séanlo por parte paterna ó materna, heredarán todos en partes iguales dice el art. 769, apoyándose en

Digitized by Google

que segun el 744 del mismo Código español, en las herencias no se atiende á la línea de que proceden los bienes del difunto ni á la distinta naturaleza de estos bienes: con cuyas disposiciones están conformes los artículos 939 y 946 del Código sardo; los 655 y 672 del napolitano; el 519 de Vaud; el 896 del holandés; el 881 del de la Luisiana; el 43 tít. 3 part. 2ª del prusiano, y el núm. 5 cap. 12 lib. 3 del bávaro.

No habiendo hermanos ni hijos descendientes de ellos, heredan los otros colaterales sin distincion de líneas ni miramiento del doble vínculo, escluyendo el mas próximo al mas remoto y heredando por partes iguales los que son de igual grado.

El derecho de heredar *ab intestato* no se estiende mas allá del décimo grado segun el art. 772 del Código español que sujeta la sucesion de los parientes colaterales fuera del cuarto grado á lo que dispone el mismo código respecto del cónyuge viudo y de los hijos naturales reconocidos. Segun el art. 755 del código francés; el 673 del napolitano; el 908 del holandés; y el 941 del sardo, la sucesion de parientes colaterales se estiende hasta el duodécimo grado. Por el art. 637 del prusiano, solo se estiende hasta el quinto grado. El 540 de Vaud la fija en el décimo; y lo mismo hace el 751 del austriaco. El código de la Luisiana calla sobre este particular; y el bávaro en el cap. 12 lib. 3, dice espresamente que: "la sucesibilidad no está limitada á grado alguno."

Lo dispuesto por los códigos estranjeros respecto de los derechos de los hijos naturales, lo omitimos aquí para evitar repeticiones, pues lo tenemos espuesto en el punto cuarto del párrafo 4º cap. 4º de la 2ª parte de esta obra.

PUNTO III.

Cónyuge viudo.

Para que sepamos la justicia y conveniencia de las disposiciones legales dadas sobre esta materia, debemos examinar primero, el ori-

Digitized by Google

gen histórico-legal de los derechos concedidos al cónyuge supérstite: segundo, el objeto de unos y otros: tercero, su actual observancia en México, y cuarto: el modo de hacerlos efectivos.

Es el matrimonio "un contrato indisoluble de sociedad entre dos personas libres, de sexo distinto, para la honesta propagacion de la especie, conveniente educacion de la prole y mútuo auxilio de los cónyuges." En esta sociedad hay derechos concedidos al gefe de ella ó sea al marido; al ministerio de la misma ó sea á la muger; á la tercera entidad que resulta de aquella ó sean los hijos; y á los individuos que forman tal sociedad, ó sean los cónyuges. Mas como al hablar de herederos hemos examinado los derechos que competen á los padres respecto de los hijos y á los hijos respecto de los padres, solo nos resta estudiar los que cada cónyuge tiene respecto del otro y por su naturaleza y circunstancias.

Son dos los derechos de la muger en matrimonio: la cuarta marital y la mitad de gananciales. Hablamos en el supuesto de que no haya llevado al matrimonio, dote, arras, donacion *propter nuptias*, bienes parafernales, &c.; pues cuando tal suceda tiene los derechos de que nos ocuparémos luego.

Son derechos del marido: su capital, lo mismo que de la muger el suyo; la cuarta viudal en las circunstancias que verémos y su mitad de gananciales. Cuando la muger lleve alguno de los bienes que mencionamos ántes, el marido tiene los derechos y obligaciones que fijarémos al hablar de aquellos.

La sociedad legal procedente del matrimonio, desconocida de los romanos, que hacian dueño al marido de las ganancias adquiridas durante el enlace, fué introducida por los visigodos al tiempo de la conquista. Partícipes las mujeres de las fatigas, espediciones y combates de sus maridos, se creyó que debian tambien serlo de las presas hechas al enemigo. El Fuero Juzgo elevó á ley esta costumbre y la generalizó á toda clase de adquisiciones; y desde esta época se conoce entre nosotros la sociedad legal que despues ha esperimentado algunas variaciones notables. Que este fué el motivo de

Digitized by Google

su introduccion nos lo dice Tácito, De Morib Germanor núm. 18 en estas palabras: "Ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonetur, venire se laborum periculorumque sociam idem in pace idem in prælio pasuram ausuranque."

El Código Wisig en su ley 16 tít. 2 lib. 4 estableció la sociedad de que hablamos para el efecto de las gananciales. Lo mismo hizo el Fuero de Cuenca en sus leyes VIII y XXI cap. X. El Ordenamiento de las cortes de Nájera tít. XXIX y XCIX; el Fuero Viejo leyes I y VII tít. I libro V; el Fuero de las leyes tít, III lib. III. Espéc. Ley XXXIX tít. XII lib. IV. El de Alcalá y el de Placencia en su ley XXXIV cap. X han hecho lo mismo que el Wisig. El de Alcalá usa de estas palabras: "Toda bona de mueble ó de raiz que ganaren ó compraren marido ó mulier, por medio lo partan." El de Fuentes de estas: "Toda buena que compraren ó ganaren marido ó mujer de mueble ó de raiz, partanlo por medio." El de Cáceres en estos términos: "Todo ome que comprare herencia ó mueble con su mujer de su haber, entre la mulier en medietate despues que fueren velados ó cambiare; et si mulier comprare aliquam causa de so haber, ó cambiare, otrosi entre el marido en la meatad." Espéc. manda que "cuando el marido otorgase carta de dote á favor de su muger declare en ella: "Que hallades vuestra parte en cuanto Dios nos diere á ganar de aquí adelante é meyoráremos en nuestro haber. E debe i nombrar todo lo que ha el marido é otrosi lo que á ella a tan bien mueble como raiz. E debe poner las arras della con lo al que habia ante para saber quanto habie cada uno el dia que fizieron su casamiento; porque si alguno dellos moriere mas ciertamente puedan saber sus herederos quanto debe haber cada uno en las ganancias."

Nuestros antiguos legisladores á fin de estrechar mas y mas los hermosos vínculos del matrimonio, ya dando mayor firmeza al mutuo amor de los casados, ya haciéndoles concebir ideas grandiosas de la sociedad doméstica, proponiéndoles así algunos destellos de esa felicidad, en cuya busca y adquisicion duramos el curso de la vida, estendieron sus miras políticas y sociales mas allá de la existencia de los consortes, honrando la viudedad, haciendo se respetase la

Digitized by Google

condicion de las viudas y proporcionando á éstas medios de subsistir con decoro y comodidad.

Entre las leyes municipales publicadas con tales objetos y por tales razones, la mas célebre es la de la *unidad* que autorizaba á los casados para poder hacer un tratado perpétuo de compañía ó de comunicacion de bienes á beneficio del cónyuge supérstite que por un principio de amistad, de gratitud, de benevolencia y respeto hácia el difunto, determinaba permanecer en viudedad; y en este caso los parientes, herederos por derecho, no podian proceder á las particiones, ni inquietar á la muger ó al marido viudo en la tenencia y posesion de los bienes del difunto, hasta que falleciese ó pasase á segundas nupcias.

El Fuero de Placencia, en el lugar ántes citado espresó bellamente esta legislacion, diciendo: "Como de suso es dicho que despues de la muerte del marido ó de la mugier los herederos que con el que subrevisquiere que partan: todavía si el marido ó la mugier unidat ficieren, ansi como fuero es en vida de cada uno dellos; los herederos ó fijos non partan en el que despues sobrevisquiere mientre fuero vivo el fuero de la unidat."

El Fuero de Cuenca, tambien en el lugar ántes citado se espresa así: "*De unitate viri et uxoris.—Quamvis superius sic dictum quod post mortem mariti sui sive uxoris hæredes cum superstite dividant, tamen si vir et uxor unitatem fecerint, sicut forum est, in vita utriusque: nullus hæres sive filius dividat cum superstite quandiu vixerit.*"

Para la validez de esta union exigia la ley que se hiciese con gran solemnidad y con presencia y consentimiento de los herederos. "*Vir et mulier*, decia el Fuero de Cáceres, *quæ unitatem fecerint faciant illam in die dominico, exida de la misa matinale in collatione de villa aut sabato ad vesperas; et prestet, sit autem non prestet.*" Y el de Cuenca con mas estension y claridad: "*Forum vero unitatis est ut unitas sit stabilis et firma; oportet quod fiat in concilio vel incollatione et ab omnibus hæredibus concedatur: ab omnibus dies, ita quod nullus hæredum sit absens quia si aliquis hæredum de fuerit vel aliquis præsentium eam contradixerit frivola habeatur et cassa.*"

Digitized by Google

Por costumbre y fuero bastante comun en Castilla, los viudos disfrutaban del favor de otra ley conocida con el nombre de "Ley de viudedad," la cual era mas ventajosa á las mugeres que á los hombres, y consistia en cierta porcion de muebles bienes ó raices que se las adjudicaba á fin de mantener el estado de viudedad. Asi es que el Fuero de Salamanca dice sobre el particular: "De la viuldidade de la vilda. Esta es la viuldidade: una tierra sembradura de tres cafices en barbecho, e una casa, e una aranzada de vina, e una vez de acenia, e un yugo de bues, e un asno, e un lechon, e un quenabe, e un lichero, e un fieltro, e dos sábanas, e dos cabezales, espetos, mesa, escudielas, vasos, cuchares, quantas hubieren de madera, escanos, cedazos, archas, badil, calderas, escamielos, cubas, e una corral de treinta medidas, todo esto quando lo hobieren de consuno tomelo entrego, e aquello que fore de parte del marido tome el medio."

Esta ley se halla tambien establecida, aunque con algunas diferencias accidentales en el Fuero de Cáceres. "Mulier que viduetatem voluerit tenere, accipiat unam casam con XII cabriadas, et una terra de dos caffices sembradura ubicumque voluerit, et una aranzada de vina ubicumque voluerit, et una vice en molino, aut in acenia a cabo de XV dias un dia, et una bestia asnar, et una mora o un moro; et un lecho con que nave, o con alffanir, et un fierro, et un cabezal, et dos sabanas, et una caldera, et dos bues, et XII ovejas, et una porca, et desto todo lo que hobiere prenda et non prenda entrega en otra cosa et hoc accipiat de haber dambos; et sin non habuerit dambos, tomet la meatad del haber dél si quisier viudedad tener." Y el de Cuenca en su ley XLII cap. X dice: "De prærrogativa viduorum. Si viduus in viduetate sive vidua permanere voluerint, ista eis extra sortem relinquantur: viduo equus suus et arma tam lignea quam ferrea. Nec sortiantur thorum in quo prius cum uxore jacebat, neque aves, accipitres. Viduæ non sortiantur lectum quem cum pariti suo tenere solebant; dent etiam et agrum unius haficit et yugum boum, et aranzadam vineæ, sed non parræ. Hoc habent vidui de jure viduitate, et non aliud Istæ viduitates

Digitized by Google

dentur de illis rebus quas simul adquisierint, et non de illis rebus. Et si forte cum ad diem partitionis ventum fuerit, aliqua prædictarum rerum non habuerint, ipsa dent et non alia, et talia qualia fuerint."

La viudedad repetimos, era muy respetada en la sociedad, y por eso las leyes dispensaban á este estado tantos honores y escepciones. Los fueros de Nájera, Escalona y Toledo con sus derivados, y los de Córdova, Sevilla, Niebla y Carmona, otorgan á las viudas de los caballeros y militares los mismos privilegios y honores que disfrutaban sus maridos. "Nam etsi solam uxorem relinquerit sit honorata in honore mariti sui." Don Alonso el Sabio concedió este privilegio á la villa de Escalona, ó por mejor decir, renovó el antiguo otorgado por Don Alonso VI. "Mandamos que cuando el caballero moriere, et fincare la mugier viuda, que haya aquella franqueza, que habie su marido mientre tubiere bien vibdedad." Privilegio de D. Alonso X á la villa de Escalona, despachado en 5 de Marzo de 1261. Lo mismo en sustancia, por idénticas razones y con iguales objetos dicen los fueros de Alcalá y Fuentes, y lo mismo y por idénticos motivos otorgó la reina Dª Urraca en el año de 1109 en los fueros de Leon y de Carrion. Esp. Sagr. tom. XXXV apend. III.

Era tal el respeto, miramiento y consideraciones otorgadas al estado de viudedad, especialmente en la muger, que pocos ó ningunos fueros ó códigos, aun de los muy antiguos, dejaron de pagar esa especie de tributo social debido á la debilidad femenina mas que á la pobreza de la muger, que pretenden ciertos autores y de que habla la ley de Partida. Por eso ademas de los fueros citados podemos aducir en confirmacion de lo espuesto, el de Melga de Suso por su Señor Fernando Armentales, aprobado por el conde de Castilla Garci-Fernandez en 950, y confirmado por el rey D. Fernando III en 1250, como se ve en las Mem. para la vida de San Fernando, apend. pag. 523. El dado á Balbas por el emperador Don Alonso VII á 11 de Junio de 1135. El otorgado á Zorita por el rey Don Alonso VIII en 1180, y confirmado por Don Fernado III en el de

Digitized by Google

1218 impr. en las citadas memorias pag. 271. El de Villavicencio, mencionado en la Historia de Sahagun apéndice III escrit. CCXXV.

Los castellanos adoptaron lo que sobre esta materia estaba establecido por los godos en su famosa ley 1ª tít. 2 lib. 3 *Si qua mulier*, compendiada por los compiladores del Fuero Real, en el que es la XIII tít. I, lib. III.

Todas estas leyes tienen íntimas relaciones con la esencia, constitucion, gobierno y modo de ejercerlo, de la sociedad doméstica; con la prosperidad de las familias y con los progresos de la agricultura; y se engañaron mucho, por esto, aquellos filósofos que atribuyeron su orígen á costumbres caprichosas y caballerescas, al espíritu de galantería, á las gracias del sexo ó á su orgullo, imperio ó despotismo. Todas dimanaron de una sábia, católica y profunda política con que los antiguos legisladores se propusieron desterrar del matrimonio los vicios que, pugnando siempre con su prosperidad, le destruyen y le arruinan. Quitar ó impedir el dispendioso y frívolo lujo del sexo y la torpe ociosidad y abandono de sus deberes; fomentar y estrechar el mutuo amor entre los esposos; precaver las infidelidades ó quitarles los pretestos y disculpas, é interesar á la muger en los adelantamientos de la familia, fueron las razones, motivos y objetos de dichas disposiciones. Así y atenta la naturaleza de los dones y el estudio del corazon humano, el de las costumbres de los pueblos, sus vicios, virtudes y causas impulsivas de sus actos nos lo indican con toda claridad el fin de tales disposiciones. De esta manera opina Tácito en el lugar citado hablando de los germanos: "munera non ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova nupta comatur, sed bobes et franatum equum et suctum cum franca gladioque."

Todo lo dicho y mucho mas que omitimos por habernos ya escedido de los límites que nos fija el carácter y plan de esta obra, tuvieron presente los legisladores al dar sus leyes 7ª tít. 13 Par. 6ª que habla de la cuarta marital, 2ª tít. 9 de lib. 5 de la R., 1ª tít. 4 lib. 10 de

Digitized by Google

la Nov. y 1ª tít. 3 lib. 3 del Fuero Real que se ocupan de la mitad de gananciales.

Examinarémos si los derechos de cuarta marital y mitad de gananciales fueron concedidos, por lo que creen algunos autores, y en consecuencia si la ley de la cuarta está derogada por la de los gananciales, ó si deben ambas subsistir, pues sobre esto se agitan graves cuestiones en el foro.

La ley y los autores: hé aquí las fuentes á que debemos ocurrir para evitar errores ó equivocaciones.

La ley 7ª tít. 13 de la Partida 6ª dice: "Paganse los omes á las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote maguer sean pobres: por ende, guisada cosa, e derecha es, pues que las aman, e las honrran en su vida, que non finquen desamparadas a su muerte. E por esta razon touieron por bien los Sabios antiguos, que si el marido non dexase a tal muger, en que pudiesse bien e honestamente beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer haya fijos: pero esta quarta parte non deue montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente, non ha demandada ninguna en los bienes del finado, en razon desta quarta parte."

Las leyes del tít. 4º lib. 10 de la Nov. R. mandan: la primera: "que todo lo que el marido y la muger ganaren ó compraren, estando de consuno, háyanlo ambos por medio."

La tercera: que, "Maguer que el marido haya mas que la muger, o la muger mas que el marido, quier en heredad quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos á dos."

La cuarta: que, "Como quier que el derecho diga, que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno

Digitized by Google

que son suyos apartadamente; y *ansi mandamos*, que se *guarde por ley.*"

La octava: "Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó testamento, *no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio*, mas haya la dicha mitad de bienes, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer."

La novena: "Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio."

Oigamos á algunos de los muchos autores que tratan la presente cuestion.

Escriche en su artículo *viuda*, dice: "La viuda pobre tiene derecho á la cuarta parte de los bienes de su difunto marido, segun la ley 7ª tít. 13 Partida 6ª Corresponde pues esta cuarta marital á la viuda pobre, aunque con alguna industria ú ocupacion pueda alimentarse, aunque despues adquiera bienes de otra parte, aunque el marido le legue el quinto, aunque haya hijos, y tanto en el caso de que el marido hubiere hecho testamento como en el de que hubiese muerto intestado. La cuarta marital es una deuda legal, y por consiguiente debe sacarse de la herencia, como las demas deudas, ántes que la mejora del tercio y quinto, á no ser que el padre hubiese hecho la mejora á un hijo de matrimonio anterior, entregándosela de un modo irrevocable ántes de pasar al segundo enlace. Volviéndose á casar la viuda, está obligada á reservar á los hijos, si los hay, la propiedad de la cuarta, y así gozará solamente de su usufructo miéntras viva; y si durante su viudedad viviere deshonestamente, la pierde y debe restituirla con el usufructo á los hijos, del mismo modo que el lecho cotidiano, los gananciales y lo que el marido la hubiere dejado." Lo mismo dice este autor en su artículo "cuarta marital."

Guim, comentando este artículo de Escriche, dice: "Estas doctrinas se deducen del principio de contemplar á la muger entre los acreedores del marido por su cuarta marital. Así es que este dere-

Digitized by Google

cho, que la ley 7ª de Partida confiere á la muger no puede estar derogado por la 2ª tít. 9º lib. 5º de la Recop. ó 1ª tít. 4.º lib. 10 de la Nov. que es la 1ª tít. 3º lib. 3º del Fuero Real, que hablan de la sociedad legal y nada previenen en perjuicio de los acreedores, segun dice Sala tom. 2º pág. 57 núm. 7. Pero Alvarez lib. 3º tít. 1º párrafo 3º, en la nota, duda que pueda tener lugar tal cuarta parte, supuesta la ley citada de Recop. que establece el derecho de los ascendientes y descendientes para heredarse recíprocamente en todos sus bienes; y que para el objeto de la ley de Partida, que fué que la viuda no se viese reducida á la indigencia por la muerte de su marido, al paso que sus hijos podian abundar en riquezas, puede bastar la mitad de gananciales." Como se ve estas leyes que son las que se ocupan de gananciales nada dicen de los derechos de ascendientes ni descendientes de que hablan Guim y Alvarez; éstos pues se refirieron quizá á la ley 1ª tít. 20 lib. 10 de la Nov. que es la 6ª de Toro y 1ª tít. 8º lib. 5º de la R.; pero entónces no hacen al caso.

Que el legislador español ha considerado vigente la ley de Partida sin embargo de las leyes Recopiladas que hemos citado, nos lo dice el decreto de 7 de Agosto de 1825 sobre desvinculaciones, decreto que despues de declarar libres esos bienes desde el 27 de Setiembre de 1820 en el art. 12, establece: "Que la parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignadas legítimamente á sus mujeres para cuando queden viudas, se pagará á éstas miéntras deban percibirla segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deja su marido, y la otra por la que se reserva al sucesor inmediato. Si los poseedores actuales no tuviesen consignada cantidad alguna á sus mujeres para cuando queden viudas, careciendo éstas de bienes propios con que mantenerse en este estado, deberán percibir durante su vida la quinta parte de las rentas líquidas del mayorazgo, que se les pagará en los términos esplicados."

Sala en su Ilustracion al derecho real de España, tom. 1º lib. 2º tít. 8º núm. 7, dice: "La ley 7ª del tít. 13 de la Part. 6ª da á la

Digitized by Google

viuda pobre derecho á la cuarta parte de los bienes de su marido, aunque deje herederos legítimos, y esta es la que se llama cuarta marital, la cual no es matemática, pues no puede pasar de cien libras de oro, sea cual fuere el caudal del marido, aunque Gutierrez *de jur. confirm.* part. 1ª cap. 4º opina que debe estarse á la práctica de los tribunales. Algunos autores estienden este derecho al viudo pobre respecto de los bienes de su mujer: mas Febrero de Tapia en el núm. 52 cap. 9.º tít. 2.º lib. 2º tom. 1º asienta que la práctica ha sido contraria. La cuarta debe sacarse de todos los bienes del difunto como deuda legal, á cuyo pago están sujetos aun cuando el marido haya muerto bajo de testamento, si no es que fuese tan rico que dejando ménos á su muger fuese bastante para su cómoda subsistencia, segun lo indican las palabras de la ley de Partida. Este derecho no se puede entender derogado por las leyes de la Recopilacion que hablan de la sociedad, aunque posteriores á la de Partida que lo establece, porque aquellas nada previenen en perjuicio de los acreedores, cual es la mujer."

Febrero mexicano, al hablar del cónyuge viudo y despues de asentar que ocupa el quinto órden en la sucesion, dice: "Esta no escluye á la viuda del derecho que tiene á la cuarta parte de los bienes del marido cuando queda pobre ó sin bienes para subsistir con arreglo á su clase y á pesar de que existan hijos ó descendientes de aquel, á no ser que dicha parte llamada cuarta marital esceda de cien libras de oro. Algunos autores quieren dar igual derecho al viudo pobre por existir idéntica razon; pero sin embargo nada dice la ley ni se observa en la práctica."

Hemos trascrito las doctrinas de algunos de los muchos autores que afirman subsistir en favor de la mujer la cuarta marital y la mitad de gananciales. Los que opinan en contrario, como Alvarez y Carpio, se fundan en una de dos ó en ambas cosas. Primera, en que la ley de Partida que estableció la cuarta marital, que es la 7ª tít. 13 Part. 6ª, fué derogada por la 1ª tít. 8º lib. 5º de la Recop., ó sea, la 1ª tít. 20 lib 10 de la Nov. que fundó el derecho de heredarse recíprocomente ascendientes y descendientes; y segundo, que

Digitized by Google

el objeto de la ley de Partida fué que la viuda pobre no quedase en la indigencia, despues de haber disfrutado comodidades en vida de su marido, miéntras que los hijos de éste ó de ambos podrian estar en la abundancia; mas como por las leyes 1ª y siguientes del tít. 4º lib. 10 de la N. que establecieron las gananciales, pueden quedar con éstas satisfechas las razones de la de Partida, ésta no debe subsistir. Nosotros dirémos con franqueza que nos parecen infundadas las doctrinas contrarias á la existencia actual de la cuarta marital y de la mitad de gananciales. Hablamos en la hipótesis de no estar vigente en nuestro país la ley de 10 de Agosto de 1857; pues estándolo es supérflua esta cuestion. Mas como durante cerca de tres años estuvo derogada por la de 7 de Abril de 1858, y durante su derogacion se adquirió por algunos en los puntos en que estuvo derogada por ser los en que se observó la derogatoria, ciertos derechos, creemos necesario entrar en la cuestion á pesar del trinfo del gobierno constitucional.

Repetimos que no estando vigente la ley de 10 de Agosto de 57 deben subsistir la cuarta marital y la mitad de gananciales. Nos apoyamos en que la cuarta marital ha sido concedida á la mujer, mas por su debilidad que por evitar quedase pobre despues de la muerte de su marido; y las gananciales como una consecuencia de la sociedad que forma con el hombre.

Si á la mujer se hubiese concedido la cuarta marital tan solo por evitarla la pobreza, existiendo la misma razon respecto del marido, tambien á éste se deberia la cuarta viudal, y ademas de que así lo hubiera ordenado el sabio autor de las Partidas, á quien no se ocultaba que donde existe la misma razon debe existir el mismo derecho, se observaria en la práctica y se habria fallado por los tribunales en la multitud de casos que se han presentado. Sin embargo, nunca se ha hecho esto; y es que la razon de la ley de Partida ha sido mas bien atender á la debilidad de la mujer, que á la pobreza en que podria quedar; pobreza que, si bien examinamos, no existiria cuando la mujer por su industria pudiera subsistir, ó cuando el marido la dejase un legado como el quinto de sus bienes. Estos lega-

Digitized by Google

dos han podido siempre dejarse á la mujer conforme á las leyes del mismo Código de las Partidas y sin embargo de la ley de éstas que estableció la cuarta marital. Esta, pues, se habria aplicado aun contra la razon de su existencia, puesto que en el caso de ser la mujer legataria habria tenido con que subsistir, y cuando estos legados no le hubieran bastado para ello, ó no habrian podido dejarse, ó sobre su valor se habria mandado completar la cuarta de la viuda. No ha sucedido así: otra será y es la razon de la existencia y otro el objeto de dicha ley.

Por otra parte: las leyes del mismo Código de las Partidas reconocieron y reglamentaron el derecho recíproco de heredarse ascendientes y descendientes, y sin embargo establecieron la cuarta marital. Las leyes de la Novísima tambien reconocieron tal derecho de heredar, y no por esto atacaron en manera alguna, los que sin perjuicio de éste crearon las leyes de Partida en favor de la mujer. Ménos aún perjudica este derecho la ley de gananciales que es mas antigua que las de Partida y las Recopiladas, segun hemos visto al principio de este párrafo, cuando hemos fijado el orígen histórico-legal de tales derechos.

Tampoco es exacto ni que las gananciales tengan por objeto el mismo de la cuarta marital, ni mucho ménos que puedan satisfacer los motivos por que fué ésta establecida. La cuarta marital se crió para impedir en parte, si no en todo, las necesidades propias de la debilidad femenina, y por llenar de alguna manera las exigencias del corazon del hombre en favor de la mujer. Las gananciales se establecieron como una justa retribucion del trabajo, sufrimientos, sacrificios y economías de la esposa. Las gananciales pueden no existir y la debilidad de la mujer siempre subsiste. Las gananciales y la cuarta marital son los fuertes estímulos materiales para las buenas acciones morales de la mujer. Las gananciales pueden convertirse en pérdidas, y los padecimientos de la mujer necesitan siempre un aliciente para soportarlos y una retribucion por haberlos sobrellevado y cuando no hecho desaparecer, sí contribuido á ello ó al ménos mitigado sus resultados con su prudencia, moderacion, humildad y de-

Digitized by Google

mas virtudes para con su esposo, partícipe en adversidades morales, pero mas feliz que ella al ménos en adelantos físicos, solo con conservar sus propiedades materiales de que carece la esposa. La debilidad de la mujer no se fortalece, disminuye ni hace desaparecer con el buen comportamiento del marido durante su existencia; pues entónces no necesita esa hermosa, flexible y aromática hiedra para resistir el vendabal humano, mas que continuar asida al robusto roble bajo cuya sombra florece y fructifica. Cuando el leñador universal, el tiempo, aplica su funesta hacha, su soplo destructor, y hace desaparecer al hombre cual á miserable monton de tierra que disipa el viento, entónces la mujer, débil caña abandonada en el desierto de la vida, es batida con furia aun por las blandas y apacibles pero corrompidas brisas del halago y de la adulacion á la hermosura y el engaño á su belleza, y entónces mas que nunca y aun para resistir al interés, necesita para no sucumbir, apoyarse en los restos del caido cedro, ya que la es imposible rehacerse de su potente apoyo.

Por esto las leyes han considerado á la mujer no solo con la mitad de gananciales como á socio, sino con la cuarta marital debida á su debilidad.

Por otra parte: cuando el marido, gefe de la sociedad doméstica, muere y deja de gobernarla, la mujer ministerio de la misma sociedad, toma las riendas de su gobierno y maneja el timon de esa nave cuyos movimientos dirige; y haciéndose responsable de sus inmensos resultados, reporta sus trascendentales consecuencias: y por lo mismo deben quedarla los elementos necesarios al lleno perfecto de sus nuevos y mas imperiosos deberes.

Esto dicta la razon. Mas las leyes no solo tienen por datos ó causas impulsivas de su ser, á ésta, sino tambien á los deseos, las miras, las inclinaciones, las tendencias, las preocupaciones, las pasiones buenas y malas, las distintas y aun diversas circunstancias, los sacrificios y sentimientos del hombre, y en una palabra, los muchos y complicados aspectos del corazon humano, de esa borrascosa region de las pasiones del hombre.

Veamos qué dice el corazon. ¿Cómo esa bella mitad del hom-

Digitized by Google

bre compañera de su suerte, señora de sus sentimientos, dueña de su corazon, vehículo de la reproduccion humana, caro objeto de los mas puros, sinceros y elevados arranques del amor conyugal, único cortesano del infortunio marital, cuya prudencia, sábios consejos y ejemplo-modelo, han sido tal vez la tabla de salvacion en el desbordamiento arruinador de las pasiones del hombre, solo ha de impartir con éste las zozobras, lá inquietud, los pesares y dolores, los vaivenes y vicisitudes de la vida, la adversidad, y de ninguna manera las ilusiones siquiera de un regular porvenir? ¿Será posible en la escala de las ideas emanadas de los sentimientos, que la mujer, esa flor cortada por el hombre del árbol doméstico, llena de los atractivos de la hermosura, respirando los castos aromas del pudor, los suaves perfumes de la inocencia y candor infantil, exhalando los fuertes atractivos de su pureza natural, haciendo se respire á su lado la felicidad terrestre del matrimonio, sea considerada por el mismo que la arrancó de su tallo, y bebió en ella los suaves néctares del amor y la virtud, depositados en el cáliz de esa flor del sentimiento que todos llamamos corazon de la mujer, sea tenida, repetimos, por este mismo hombre en conformidad á la ley, y al llegársela la tarde, ó sea la muerte de su esposo, como un sócio de una compañía de comercio en que solo juegan pasiones tan rastreras, mezquinas é inmorales como la astucia el interes y la codicia? Esto no puede ser. La mujer, fiel compañera del marido, no debe ser considerada de una manera tan ruda y degradante, como un sócio y nada mas. Una mirada mas elevada, colocada mas allá de la esfera de las preocupaciones que respiran ciertos tratadistas, hace descubrir en la mujer un ser digno bajo todos aspectos, de mejor suerte; y por lo mismo no tememos asegurar, que la favorecen ambas leyes, y que si no lo hicieran deberian hacerlo: que si no gozara hoy de todas las prerogativas que merece por su naturaleza, condicion, circunstancias, sacrificios &c. &c., un derecho mas católico, y por lo mismo, mas sábio, mas justo, mas prudente mas económico, mas político y que sustituya al materialista actual, hará se ejecu-

Digitized by Google

te con la mujer, lo que la razon, la justicia, la conveniencia, los sentimientos y la naturaleza están pidiendo.

CONCORDANCIAS.

Por el artículo 773 del Código español, "el viudo ó viuda que, al morir su consorte, no se hallase divorciado, ó se hallase por culpa del mismo consorte, le heredará en el quinto, si deja algun descendiente; en el cuarto, si deja algun ascendiente; y á falta de unos y otros en el tercio. Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiere pactado alguna ventaja en favor del viudo ó viuda, se imputará en la parte que deba percibir en la herencia intestada. Si las ventajas capituladas llegaren ó escedieren de los derechos hereditarios, quedarán éstos sin efecto y se estará á lo capitulado."

Todos los códigos modernos que hemos tenido á la vista, están de acuerdo escepto el bávaro en su art. 53 cap. 6º lib. 3º sobre la sucesion reciproca de los cónyuges á falta de parientes en grado sucesible: el francés art. 767; el napolitano artículos del 683 al 688; el sardo 961 y 962; el de Vaud 545; el holandés 920; el austriaco 759; y el prusiano 637 tít. 1º part. 2ª

El Código francés en sus artículos 658 y 767 prefiere los hijos naturales al cónyuge, y lo mismo hace el napolitano en su art. 674; el sardo en el 960; el bávaro en el 35 lib. 3º cap. 6º; y el austriaco en el 759. El prusiano iguala al cónyuge con los hijos de un matrimonio morganático ó de mano izquierda; pero no da el mismo favor á los hijos naturales. Por el contrario, el Código holandés en su art. 920 y el de Vaud en el 545, dan la preferencia al cónyuge sobre los hijos naturales. El Código napolitano en sus artículos 689 y 690, declara al cónyuge pobre, una pension que no escederá de la cuarta parte de los productos ó rentas de la herencia cuando falten hijos ó éstos sean ménos de tres; si los hay y son mas de cuatro, la pension se reducirá á una parte viril.

Segun el Código de Vaud en sus artículos del 541 al 544, á falta de hijos de padre y madre, hermanos ó hermanas y descendientes

Digitized by Google

suyos, heredará el cónyuge la mitad si no hay hijos; pero si hay algun otro de los mencionados, heredará la cuarta parte.

El sardo en sus artículos 959 y 960; y el austriaco en los 757 y 758 están acordes al disponer que habiendo hijos y no pasando de tres, el cónyuge no divorciado tenga el usufructo de la cuarta parte; que si los hijos pasan de tres, el usufructo se reduzca á una parte viril; y que á falta de hijos, herede el cónyuge una cuarta parte en propiedad, imputándose en ella las ventajas que resulten de los contratos matrimoniales y las ganancias dotales segun el sardo; y lasventajas nupciales y legados segun el austriaco.

El 2359 de la Luisiana dice. "Si la mujer no ha aportado sino una dote corta, ó el esposo que muere es rico y el sobreviviente necesitado, podrá tomar en la herencia un cuarto en propiedad y otro cuarto en usufructo (*quarta maritalis*) cuando no queden sino tres hijos: quedando mas de tres hijos, no tendrá derecho sino á una parte igual á la de hijo, en usufructo y se le imputará en ella, lo que le haya sido legado por el difunto."

PUNTO IV.

Otros derechos de la muger viuda.

Es ya tiempo de que fijemos los derechos que tiene la mujer respecto de los demas bienes que puede poseer ademas de los gananciales y cuarta marital.

Estos bienes son los dotales, los parafernales, las donaciones esponsalicias, las árras y las donaciones *propter nuptias;* de las que nos ocuparémos en las fracciones siguientes.

FRACCION PRIMERA.

Dotes.

El sistema dotal ha sufrido entre nosotros notables variaciones, y, para hablar con mas precision, casi ha desaparecido. Mas como se

Digitized by Google

presentan algunos casos, y sobre todo, como se ocupa de él nuestra actual y vigente legislacion, se hace preciso que lo tratemos.

A imitacion del que conocian las tribus del norte, fué introducido en nuestra legislacion, allá en el principio. De las mismas, aunque con algunas alteraciones, le copiaron los fueros municipales de nuestra antigua metrópoli, y solo en las leyes de Partida se presentó este sistema con la misma forma que le dieron los romanos; pues repetimos lo que tantas veces hemos dicho, que las Partidas son, en la materia de testamentos, la traduccion real ó hecha por el soberano español de la legislacion de la antigua Roma.

Con la ley 1ª tít. 11º de la Partida 4ª entendemos por dote *la porcion de bienes que la muger lleva al marido para sostener las cargas del matrimonio.*

Las leyes 7, al principio, 66 párrafo 1º y 76 tít. 3º lib. 23 del Digesto, definen la dote diciendo: "Dos est pecunia quæ pro muliere vel ab illa, datur vire ad ferenda matrimonii onera." Lo mismo entiende por dote el Código francés en su artículo 1,540 de donde lo copian los demas códigos, como el sardo en su artículo 1,517 y el español en el 1,272.

La diferencia de causas impulsivas propias de la voluntad y de la necesidad que preceden á su orígen y constitucion, así como los términos, modos, y condiciones bajo que se verifica, han producido las siguientes divisiones y clasificaciones. Atento el orígen diferente de la procedencia de la dote, ésta es *adventicia* ó *profecticia.* Esta se constituye con bienes del padre ó abuelo paterno ó con otros, dados para tal objeto por contemplacion á los mismos ascendientes de la dotada, esté ó no emancipada. La *adventicia* se constituye con bienes maternos ó de los abuelos por esta línea, ó con los que dé á la dotada cualquiera persona estraña, y aun con los que la misma novia haya adquirido independientemente por medio de su trabajo ó industria. Debemos confesar que nuestras definiciones no están muy de acuerdo con las de la ley 2ª título y Partida citada, y que si discrepamos ó nos separamos de éstas, es porque á nuestro ver de las de la ley citada puede inferirse lógicamente, que sin embargo de

Digitized by Google

ser adventicia la dote dada por la madre de la novia, no lo será la que dé la abuela por la misma línea, lo que fundaria que ésta era profecticia, cosa que pugna con el espíritu de la misma legislacion. Admitimos esta division, porque conforme á la ley 30 tít. 11 de la Part. 4ª, es necesaria para la de los bienes, pues segun que sea la dote adventicia ó profecticia, se computará con los paternos ó maternos.

La dote será voluntaria ó necesaria, segun que se constituya por la simple voluntad del dotante, ó porque á éste comprenda lo mandado por la ley 8ª tít. 11 de la Part. 4ª Esta disposicion habla de los ascendientes por línea paterna, en quienes el derecho reconoce la patria potestad: por eso las leyes del mismo título y Partida no imponen tal obligacion á los mismos ascendientes cuando no son legítimos. Por eso, y supuesto que las nietas no están bajo la potestad del abuelo, algunos autores, como Serna y Montalban, opinan que los abuelos están escentos de este deber; y por esto otros autores, como Febrero, creen que la madre natural sí tiene esta obligacion respecto de su hija tambien natural, pues en derecho solo es conocida la madre.

El padre legítimo, conforme á la ley 8ª tít 11 de la Partida 4ª siempre que tenga bienes está obligado á dotar á su hija, aun cuando ésta sea rica; pues son sus palabras: "*Ca quier aya ella algo de lo suyo, o de otra parte, o non, tenudo es el padre de la casar e de la dotar.*"

El abuelo ó visabuelo, segun la citada ley 8ª tít. 11 de la Part. 4ª, tiene la misma obligacion del padre de la novia, cuando concurran dos circunstancias: primera, qne esté la nieta bajo su patria potestad; y segunda, que la nieta no tenga bienes algunos, pues si los tuviere, no están obligados ni el abuelo ni el visabuelo á dotar á su nieta ó viznieta con sus bienes propios; pero sí con los de ella.

Segun la ley 9 del mismo título y Partida, las madres no pueden ser obligadas á dotar á sus hijas, sino en el caso de ser éstas católicas y aquella de otra religion, ó mejor dicho de alguna secta, si quisieren hacerlo, dice la misma ley: cuya disposicion no debe sub-

Digitized by Google

sistir supuesta la de tolerancia de cultos publicada en esta capital á 5 de Enero de 1861.

Todo hombre que con el carácter de tutor ó curador, adoptante ó adrogante tuviere en su poder una mujer que quisiere casarse, y hubiere bienes que llevar al matrimonio, debe dotarla con ellos ó formarla de ellos su dote; segun la ley 9 tít. 11 de la Part. 4ª; y cuando la dote esceda de lo tenido por la novia, no vale en el esceso.

Por el diferente modo de constituirse la dote puede ser *estimada ó inestimada.* Esta es la que se entrega al marido para que se aproveche de ella, la conserve y devuelva á su tiempo, en las mismas cosas que la formaban y en que la recibió. La *estimada* es la en que se aprecian los bienes en que consiste; y se hace así, para que el marido pueda, al devolverla, hacerlo con la cosa en que consiste la dote ó su estimacion. Si esta adoleciere de vicio por su alto ó bajo precio, el agraviado, es decir, el marido ó la mujer, pueden conforme á la ley 16 tít. 11 de la Part. 4ª, pedir en cualquier tiempo, que se reforme la apreciacion ó estimacion de la dote. Este beneficio es mayor que el que para los demas contratos concede la ley 2 tít. 1º lib. 10 de la Nov. R., pues en estos son indispensables dos condiciones para tenerle: que la lesion sea en mas de la mitad del justo precio, y que no hayan pasado los tiempos fijados para deducir esta accion.

A veces se aprecia tambien la dote inestimada; pero como en estos casos se espresa ó debe espresarse que no se estima para que el marido tenga libertad de volverla ó su estimacion, sino para saber en caso que perezca por culpa de él, á qué queda obligado, no se confunde con la verdadera dote estimada ni produce sus mismos efectos. Con razon, pues, muchos autores como Sigüenza, Serna y Montalban, Febrero, Escriche y otros, dicen que hay una estimacion de dote que causa venta y otra que no la causa, haciendo la primera al marido deudor de especie, y de género la segunda. Sobre todo lo cual deben consultarse las leyes 18 y 19 del tít. 11 de la Partida 4ª

La dote puede consistir en toda clase de bienes, derechos y accio-

Digitized by Google

nes, pues todo puede traer utilidad al marido y ayudar á las cargas del matrimonio: y conforme á las leyes 10, 11, 12 y 30 tít. 11 de la Partida 4ª, está sujeta á las mismas reglas que los demas contratos que admiten todos los pactos, modificaciones y condiciones que no se oponen á la moral ni al derecho.

Segun la ley 1ª título y Partida citada, la dote puede constituirse ó aumentarse ántes ó despues de celebrado el matrimonio. Cuando es prometida y no entregada, tiene el marido hipoteca tácita en los bienes del que la constituyó hasta que la satisfaga; así como lo están á favor de la muger los del marido para el pago ó devolucion de la dote, conforme á la ley 23 tít. 13 de la Part. 5ª, que habla de ambas hipotecas. Debiendo tenerse presente que segun la ley 12ª tít. 11 de la Partida 4ª, el plazo para cumplir la promesa de la dote se cuenta desde el dia en que se celebró el matrimonio, si no se ha pactado otra cosa; y que toda promesa de dote lleva consigo la condicion de que se ha de celebrar el matrimonio dice la ley 11 tít. 11 de la Part. 4ª

A pesar de que la ley 35 tít. 14 de la Part. 5ª afirma que la dote es obra de piedad, creemos apoyados en la misma ley, que el error de la causa porque se constituye no la vicia ni da lugar á su revocacion; porque su fundamento es ayudar á cumplir las obligaciones que impone el matrimonio, y se presume que los cónyuges tuvieron muy presente al serlo, la promesa ú oferta hecha á la muger de dotarla hasta el estremo de que de otra manera tal vez no se habrian casado por no contar con elementos de subsistencia el marido.

Por la ley 22 tít. 11 de la Part. 4ª se manda quede obligado á la eviccion y saneamiento de la dote estimada el que la constituya; pues de otra manera podria ser ilusoria. Igual obligacion tiene el que la forma inestimada, solo cuando espresamente la haya ofrecido ó cuando haya procedido de mala fé, dando como suyo lo que sabia era ageno.

Para evitar la vanidad, para impedir la indiscreta predileccion de algunos padres por colocar mejor á sus hijas, y por conseguir de esta manera que no se perjudiquen los demas hijos del dotante, las leyes 6ª y 7ª del tít. 3 del lib. 10 de la Nov. Recop. han fijado ciertos

Digitized by Google

límites á las dotes. Así es que, segun la primera de estas leyes, podremos decir que la dote nunca puede esceder de la legítima de las hijas.

Aunque la ley 7ª tít. 11 de la Part. 4ª al conceder al marido el dominio de la dote, no distingue clases, creemos, fundados en las distinciones hechas y doctrinas sentadas, y atento el espíritu de todo nuestro derecho, que el marido, mas que señor, es usufructuario de la dote inestimada, que propiamente solo recibe en administracion, y por lo mismo, que no la puede enagenar; cosa que sucede al contrario en la estimada.

Como el objeto del legislador al crear las dotes no fué facilitar al marido el ensanche de sus pasiones, sino que pudiese soportar y llevar mejor las cargas del matrimonio; cuando el marido dilapida sus bienes, la mujer conforme á la ley 10 tít. 11 de la Part. 4ª, tiene derecho para pedir ante el juez competente, que se la entregue su dote ó que se afiance su restitucion, ó que se entregue á persona capaz de administrarla y enterar sus productos al matrimonio: cuya persona debe tambien afianzar su manejo. Lo espuesto no comprende el caso en que el marido venga á pobreza por desgracias agenas á su voluntad ó conducta.

La causa de la dote es aliviar las cargas matrimoniales; y como quitada la causa cesan los efectos, cuando el matrimonio deja de existir, el dominio de la dote pasa á los herederos de la mujer ó vuelve á ésta segun su caso; y á una ú otros deben entregarla el marido, ó sus herederos si él muere primero que la mujer. Igual cosa sucederá cuando haya impedimento que anule el matrimonio; y en el caso de divorcio concedido por la Santa Iglesia entre los católicos, y por la ley civil entre los protestantes, segun la ley de tolerancia de cultos y matrimonios civiles. Mas el esposo no tendrá tal obligacion conforme á las leyes 23 y 27 tít. 11 de la Partida 4ª, y 50 tít. 14 de la Partida 5ª, sino que serán del marido: primero, cuando la mujer fuere adúltera y se le justificare así: segundo, cuando la costumbre del lugar sea que el marido quede dueño absoluto de la dote: tercero, cuando se anule el matrimonio por impedimento de la mujer, sabido por ésta é ignorado del marido: y cuarto, cuando se hubiere

Digitized by Google

pactado no restituirla sino que quedase á favor del esposo y sus herederos forzosos. Si el impedimento que resultare en el matrimonio hubiere sido conocido de ambos cónyuges, y éstos fueren mayores de 25 años, la dote y las arras son para el fisco, segun la ley 51 tít. 14 de la Partida 5ª

Por identidad de razones creemos que cuando el marido sea el del impedimento que anule su matrimonio y lo conozca, y lo ignore la mujer, á favor de ésta deben quedar las arras; tanto mas cuanto que los sacrificios de la mujer son mayores, é irreparables los males que la resultan. Y cuando el impedimento de uno ó ambos consortes fuere ignorado de uno y otro, como no hay culpabilidad en el caso, las dotes y arras son del marido y la mujer, conforme á las reglas generales á que se sujeta entónces esta materia.

El padre tiene derecho á administrar todos los bienes de sus hijos miéntras están bajo la patria potestad, y por lo mismo tambien deben administrar los dotales que hubieren heredado de su difunta madre.

Así como en la dote estimada solo está obligado el marido á restituir el precio en que fueron tasados los bienes en que consiste, la mujer á su vez no puede ser compelida á recibir los que llevó, si existe dinero con que hacerla el pago; pero cuando no hay éste, deberá recibir los mismos bienes, previa tasacion que se haga de ellos. En la dote inestimada debe la restitucion hacerse de los mismos bienes en que se recibió la dote. Cuando ésta ó parte de ella consistió en bienes fungibles que no se valuaron, ha de restituir otro tanto en la misma especie y calidad, ó el valor que tuvieren á la disolucion del matrimonio, segun las leyes 21 y 26 tít. 11 de la Part. 4ª

El marido y sus herederos tienen derecho para retener, al entregar la dote á su mujer ó á los suyos, las cantidades que se hayan invertido en hacer mejoras necesarias ó útiles, pero no el de las voluntarias. Así lo dice la ley 32 título y Partida citada.

Cuando el todo ó parte de la dote consiste en créditos, el marido ó sus herederos solo están obligados, al restituirla, á entregar los documentos ó títulos que recibió el esposo; pero si por negligencia

Digitized by Google

de éste no los hubiere cobrado en tiempo y forma y miéntras tanto los deudores se hicieren insolventes, el marido responde con sus bienes; salvo el caso en que el deudor haya sido ascendiente de la mujer, pues entónces parece que se debió á consideraciones tenidas á la misma mujer el no haber hecho efectivo el pago de tal crédito. Así lo deja entender la ley 15 tít. 11 de la Partida 4ª

En el término de un año debe restituirse la dote si consiste en bienes muebles ó dinero; y en el acto de la disolucion del matrimonio, si fueren raíces estos bienes: dicen las leyes 26 y 31 tít. 11 de la Partida 4ª De esta devolucion está escento el padre que tiene hijos menores constituidos en patria potestad; porque tiene la administracion de sus bienes y es usufructuario aun de los dotales que hereden de la madre, segun dijimos poco há.

Por la ley 33 del mismo título y Partida se concede al marido y á sus herederos el beneficio que llaman de competencia y por el que, cuando no pueden entregar en los plazos fijados por las leyes la dote, no pueden ser compelidos rigorosamente á su pago sino á lo que puedan, pero de modo que conserven lo necesario para subsistir.

Apoyados en la ley 33 del tít. 11 de la Partida 4ª dijimos ántes, que para la restitucion de la dote tiene la mujer hipoteca tácita en los bienes del marido: ahora agregamos que esta hipoteca es preferente á todas las tácitas, y aun á las espresas especiales ó generales que sean de fecha posterior á la de la entrega de la dote, cuyo privilegio ha sido concedido á la mujer por la ley 33 ántes citada. Esta se estendió á mas todavía, estableciendo que si el marido obliga espresamente sus bienes para la restitucion de la dote prometida, y despues los hipoteca ó empeña á un tercero acreedor, será preferida la mujer, aun cuando la entrega de la dote sea posterior al empeño hecho por el marido con posterioridad á la promesa de dote.

Puede suceder que el marido por hacer mejor la condicion de la mujer, confiese haber recibido la dote, cuya entrega solo consta por su dicho. A esta dote se da el nombre de confesada, á diferencia de la entregada ó prometida. Esta confesion puede hacerse *inter-vivos*

Digitized by Google

ó por última disposicion testamentaria. Cuando es de esta manera, segun la ley 19 tít. 9 de la Partida 6ª, tiene fuerza de legado, y por lo mismo no perjudica á los herederos forzosos ni los créditos de los demas acreedores. Cuando tal confesion se hace por contrato *inter-vivos*, sostienen Gregorio López, Antonio Gómez y Escriche, fundados en la ley 3 tít. 15 lib. 5 del Código *repetitæ prælectionis*, y en la Novela G que aplican por su analogía con la ley 9 tít. 1º de la Partida 5ª, que el marido ó su representante pueden oponer la escepcion de dote no recibida, *dotis non numeratæ*, dentro del año siguiente á la disolucion del matrimonio, cuando ésta se verifica ántes de dos años contados desde el dia de la confesion; que pasados estos dos años solo hay derecho para oponer la escepcion dentro de tres meses; y por último, que trascurridos diez años desde la confesion, la escepcion no tiene lugar. Añaden que esta escepcion produce el efecto de que el demandante pruebe la entrega real de la dote para que se tenga por verdadera.

Por último dirémos, que ojalá en nuestro pais, como sucede en España por el art. 1,089 del Código de Comercio, se reputasen hechas en fraude de los acreedores las dotes y demas donaciones que en México pueden impunemente hacerse en los treinta dias ántes del de la quiebra, porque así se evitaria ó procuraria evitar tanta maldad, tanta mala fé y tanto crímen que, con inaudito descaro, cinismo é inmoralidad, como hemos presenciado, se perpetran cada momento bajo distintos pretestos.

CONCORDANCIAS.

Los artículos 1,543 del Código francés; 2,320 del de la Luisiana; y 1,059 del de Vaud, prohiben la constitucion ó aumento de la dote durante el matrimonio. Los 1,556 del napolitano y 1,520 del sardo, limitan esta prohibicion á los esposos; lo permiten á los terceros y añaden que en este caso la constitucion ó aumento de la dote, no envuelve hipoteca legal sino desde el dia de la constitucion ó aumento de la dote.

Digitized by Google

El art. 1,265 del Código español faculta á los padres y parientes de cualquiera de los esposos y aun á las personas estrañas para que puedan constituir dote á la mujer ántes ó despues del matrimonio. En su art. 1,272 declara: que la dote no solo se compone de los bienes y derechos que la mujer aporta al matrimonio al contraerlo, sino de los que durante él adquiere por donacion, herencia ó legado. En el 1,273 declara hacerse dotales los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio en forma legal: 1º, por permuta con otros bienes dotales. 2º, por derecho de retracto perteneciente á la mujer: 3º, por donacion en pago de la dote: y 4º, por compra hecha con dinero de la dote, prévio consentimiento de la mujer. El art. 1,553 del Código francés; el 1,366 del napolitano; y el 1,534 del sardo, solo hablan del inmueble adquirido con dinero dotal ó dado en pago de una dote constituida en dinero; y para que se haga dotal, exigen se haya estipulado así en el contrato de matrimonio; y sin necesidad de esta estipulacion, lo hace dotal el art. 1,336 del Código de la Luisiana.

En cuanto á la permuta de que habla el Código español, igual cosa disponen el francés en su art. 1,559; el napolitano en el 1,372; y el sardo en el 1,539.

Por lo que hace á la administracion de la dote, el Código español en su art. 1,240 nulifica el pacto que directa ó indirectamente privare de ella al marido; y solo permite estipular en favor de la mujer la facultad de percibir directamente y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas para sus atenciones personales. El Código francés en su art. 1,388 prohibe derogar por pactos los derechos correspondientes al marido como gefe doméstico; en el 1,421 solo al marido concede administrar los bienes de la comunion conyugal; en el 1,549 otorga solo al marido la administracian de los bienes dotales durante el matrimonio; en el 1,536 concede á la mujer la administracion de todos sus bienes y el libre goce de sus rentas, si en el contrato de matrimonio se estipuló la separacion de bienes; en el 1,576 dispone igual cosa de los bienes parafernales y entiende por éstos en el 1,674 todos los de la mujer no constituidos

Digitized by Google

en dote. Con estos dos últimos están conformes el Código sardo en sus artículos del 1,566 al 1,568; los 2,360 y 2,361 de la Luisiana; y los 1,387 y 1,388 del napolitano. Los 22 y 27 cap. 6 lib. 3 del bávaro distinguen citando al derecho romano en sus leyes 8, 9 y 11 tít. 14 lib. 5 del C, distinguen repetimos, entre bienes dotales receptivos y parafernales.

No solo los padres y parientes de los esposos pueden dotar á la mujer, sino tambien el esposo puede hacerlo pero solo ántes de contraer el matrimonio, segun el art. 1,266 del Código español. Por el 1,267, la dote constituida por cualquiera persona ántes del matrimonio ó al tiempo de celebrarse, se gobierna por las reglas de las donaciones matrimoniales; y la constituida con posterioridad, como que solo puede serlo por personas estrañas, por las de las donaciones comunes. Por el 1,262, con el que están conformes el 1,546 del francés; 1,223 del sardo; el 1,060 del de Vaud; el 1,359 del napolitano; y el 2,324 del de la Luisiana, cuando la esposa tenga bienes propios y sus padres, parientes ú otras personas le prometan dote, ésta debe satisfacerse si no se ha espresado lo contrario, de los bienes del promitente; y en caso de dicha espresion de los de la esposa. Por el art. 1,269 del Código español; el 194 del napolitano; y los 117 y 1,525 del sardo: el padre y la madre ó el que de ellos viviere, están obligados á dotar á sus hijas legítimas, consistiendo esta dote en la mitad de su presunta legítima; mas cesa esta obligacion en dos casos: 1º, en el de que las hijas ó nietas tuvieren bienes equivalentes á su dote, ó sea la mitad de su legítima: y 2º, cuando las hijas ó nietas se casaren sin su consentimiento, si estuvieren en edad en que lo necesitaren. En caso de que la hija ó nieta tuvieren bienes, pero que estos no alcanzaren á la mitad de su legítima, será completada esta mitad por las personas obligadas á dotar á la hija ó nieta. El juez hará la regulacion en todos estos casos sin mas investigacion que la declaracion de los padres dotantes y la de los parientes mas próximos de la hija, varones y mayores de edad, uno de la línea materna y otro de la paterna.

Solo en el caso de que acabamos de hablar y en el de fraude, que-

Digitized by Google

da obligado el donante ó dotante á la eviccion de la dote, segun los artículos 1440 y 1547 del Código francés; 1353 y 1360 del napolitano; 1527 de sardo; 2325 de el de la Luisiana; 1061 de Vaud; y 1270 del español.

Segun los artículos 1544 del Código francés; 1357 del napolitano; 1521 del sardo; 2322 del de la Luisiana; y 1271 del español; cuando ambos cónyuges constituyeren la dote de sus hijas ó descendientes, deben pagar por mitad ó en la proporcion en que se obligaron, y si uno solo lo hiciere, éste debe satisfacerla.

El que promete dote que consiste en dinero ó en bienes fungibles que se hubieren apreciado, abonará el interes legal desde el dia en que con arreglo al contrato deberia ser la entrega, y no habiéndose fijado plazo desde el dia en que se celebre el matrimonio; dicen los artículos 1361 del Código napolitano, 2326 del de la Luisiana, 1440 y 1548 del francés, 1528 del sardo, 1274 del español, y 1062 del de Vaud.

Por los artículos 1549 y 1562 del Código francés, 1362 y 1375 del napolitano, 1276 del español, 1530 del sardo, 1063 y 1066 del de Vaud, y 2332 y 2354 de la Luisiana; al marido pertenece la administracion y usufructo de la dote, con obligacion de cumplir las cargas matrimoniales, y con las demas obligaciones y derechos propios del usufructuario.

Por los artículos 1562 y 1567 del Código francés, 1375 y 1380 del napolitano, 2344 y 2350 de la Luisiana, 1277 del español, 1070 de Vaud y 1545 y 1559 del sardo; el marido es responsable con sus bienes de lo que por su culpa dejare de cobrar de la dote, y de los perjuicios que ésta tuviere por faltar aquel á sus obligaciones.

Por los artículos 1278 del Código español, 1551 y 1554 del francés, 1367 del napolitano, 2337 de la Luisiana, 1535 del sardo, y 1064 y 1065 de Vaud, el marido puede disponer libremente de los bienes dotales muebles.

Segun el art. 1279 del Código español, el marido debe otorgar hipoteca especial á favor de los bienes dotales muebles, ántes ó al tiempo de recibirlos, y si no tuviere bienes inmuebles propios, hipotecará los primeros que adquiera para sí ó para la sociedad. El 1550

Digitized by Google

del francés dispone lo contrario diciendo: "que el marido no está obligado para la recepcion á dar fianza si no se ha sometido á ello en el contrato de matrimonio;" y lo mismo disponen, el 1363 del napolitano, el 1531 del sardo y el 2333 de la Luisiana. De estos se aparta el de Vaud en sus artículos 1090 y siguientes hasta el 1101, en los que exige que el marido asegure la restitucion de todos los bienes muebles.

Por los artículos 1280, 1281 y 1282 del Código español, el marido y la mujer solo pueden enagenar ó hipotecar los bienes dotales inmuebles despues de haber asegurado, el primero con hipoteca especial su restitucion en uno de los tres casos siguientes: 1º A instancia de ambos cónyuges ó de cualquiera de ellos, con audiencia del otro y por causa de necesidad probada; y con esto están conformes el artículo 1558 francés, el 1371 napolitano, el 2341 de la Luisiana y el 1537 sardo: 2º, á instancia de ambos cónyuges para cualquiera permuta que les convenga ó por otra causa de considerable utilidad; y en esto están conformes los artículos 1559 francés, 1372 napolitano y 1539 sardo: y 3º á instancia de la mujer, con el consentimiento del marido ó, á falta de consentimiento con su audiencia, para colocar á sus descendientes ó cumplir algun oficio de piedad respecto de su marido, ascendientes ó descendientes, siempre que los bienes restantes del matrimonio basten para cubrir sus cargas: y en esto, salvas pequeñas diferencias, están conformes los artículos 1555, 1556 y 1558 franceses; 1368, 1369 y 1371 napolitanos; 2338, 2339 y 2341 de la Luisiana; y 1540 del sardo, que solo permite la enagenacion de la mitad de los bienes dotales con permiso judicial, oyendo siempre al marido, y fuera del caso de dotar á las hijas, ó colocar á los hijos. Los códigos referidos en los tres casos mencionados exigen la previa autorizacion judicial, la limitan en estos casos á los bienes necesarios para cubrir las atenciones respectivas, y mandan que la venta se haga en pública subasta.

Por el art. 1283 del Código español, la rebaja que esperimente la dote, á causa de las enagenaciones referidas, será indemnizable á la mujer, en cuanto hubieren aprovechado al marido.

Digitized by Google

Por los artículos 1568 francés, 1371 napolitano y 2341 de la Luisiana, que en sustancia están conformes con el 1284 español y los en este citados, "el sobrante que, despues de cubrir las atenciones respectivas, resultare de las enagenaciones hechas, á virtud de lo dispuesto en el art. 1282, se depositará en un Banco público, á no ser que el marido constituya la hipoteca prevenida en el párrafo 1º del art. 1279: si no pudiere constituirla, podrá el juez mandar, á instancia de ambos cónyuges y por causa de necesidad ó utilidad, que se entregue el dinero depositado al marido, con la obligacion espresa en el 2º párrafo del citado art. 1279.

Si el marido quiere emplear el dinero depositado en bienes muebles, podrá hacerlo con el solo consentimiento de las personas espresadas en el artículo siguiente.

Lo dispuesto en este artículo se observará tambien respecto del dinero proveniente de la redencion de censos ú otros derechos reales pertenecientes á la mujer."

Por el art. 1285 español, el padre de la mujer casada, á falta suya, la madre, y, en defecto de ambos, sus dos parientes mas cercanos, uno de la línea paterna y otro de la materna, que sean varones y mayores de edad, deberán ser citados préviamente bajo la responsabilidad señalada en el art. 1282, siempre que el marido haya de recibir algunos bienes dotales.

Por los artículos 1429 francés, 1400 y 1401 napolitanos, 2354 de la Luisiana, 1579 sardo y 1289 español, el marido no puede arrendar los bienes dotales por mas de diez años, á no ser con autorizacion del juez, que la concederá en caso de necesidad ó utilidad evidente.

El arrendamiento, hecho en conformidad á este artículo, subsistirá por el tiempo convenido, aun despues de disuelto el matrimonio; pero será nula toda anticipacion de rentas ó alquileres hecha al marido por mas de tres años.

Por los artículos 1290, 1291 y 1292 del Código español, á la mujer pertenece la accion real de dominio sobre los bienes dotales inmuebles; y podrá en su virtud revindicarlos de cualquiera perso-

Digitized by Google

na, y hacer que se anulen las hipotecas impuestas sobre ellos, aunque la mujer misma los hubiere enagenado ú obligado, sobre si hubiere observado lo dispuesto en los artículos ántes citados. Tambien pertenece á la mujer la accion de dominio sobre los bienes dótales muebles no fungibles, existentes en poder del marido, si no prefiriere usar del derecho que se le concede en el art. 1298, es decir, si no exigiere la restitucion de dichos bienes en el estado que tuvieren, caso de no haber sido estimados á su ingreso en el matrimonio; pero si hubiere habido tal estimacion de los bienes, tendrá la mujer opcion al precio en que entónces se estimaron. Este mismo precio se restituirá por los bienes muebles que no existan; y, si no se estimaron, se entregará el precio en que hubieren sido enagenados, ó el que se les diere por pruebas supletorias si hubieren perecido. La restitucion de bienes fungibles, no estimados, se hará con otro tanto de las mismas especies. Pertenecen ademas á la mujer la accion hipotecaria contra los bienes del marido que éste haya hipotecado; y por último, la corresponde el beneficio concedido al crédito dotal en el art. 1928. El Código francés en su art. 1564 habla en general de la restitucion de los inmuebles y luego de los muebles estimados é inestimados y en el 1552 trasfiere al marido la propiedad de los inmuebles estimados, cuando sobre ello se haya hecho declaracion espresa. Lo mismo hacen el 1377 del Código napolitano, el 2346 de la Luisiana y el 1556 del sardo.

En tres casos perjudica al marido, á sus herederos, aun forzosos y á sus acreedores, la confesion hecha por el primero, del recibo de la dote: 1º cuando la confesion se hubiere hecho al mismo tiempo de otorgarse las capitulaciones matrimoniales: 2º cuando se hubiere hecho en escritura pública posterior, siempre que la promesa de la dote conste en las capitulaciones matrimoniales; y 3º cuando se hubiere hecho despues, si consta por documento auténtico el título con que la mujer adquirió los bienes cuyo recibo confiesa el marido. La confesion hecha de otra manera solo surte efecto contra el marido y sus herederos; mas si éstos fueren legítimos no les perjudicará en su legítima rigorosa. Así lo dispone el art. 1293 del Código español.

Digitized by Google

Este en el 1294 manda que: "cuando hubiere fundado motivo para considerar en peligro la dote, podrán los tribunales, á instancia de la mujer, ó, hallándose esta imposibilitada, á instancia de sus padres ó parientes mas cercanos, limitar las facultades del marido y dictar cualquiera providencia que pareciere conveniente para evitar aquel peligro; y que cuando el marido no provea á la conveniente subsistencia de la familia, podrán tambien los tribunales, á instancia de la mujer ó de los hijos, asegurar sus alimentos, restringiendo al efecto las facultades del mismo marido." Con este artículo convienen los 1443 y 1563 del francés; los 1376 y 1407 del napolitano; el 1546 del sardo; los 2313 y 2399 de la Luisiana; el 1071 de Vaud; y el 241 del holandés.

Segun los artículos 1441 del Código francés, 1405 del napolitano, 1581 del sardo, 1071 de Vaud, 1262 del austriaco y 1295 del español; la dote debe restituirse á la mujer ó á sus herederos, cuando el matrimonio se disolviere ó fuere nulo.

Por los artículos del 1296 al 1303 del Código español, los bienes dotales inmuebles se restituirán en el estado en que se hallaren ó el precio que tenian al ingresar al matrimonio. En cuanto á las mejoras é impensas hechas en las cosas dotales serán pagadas. Se restituirán en el estado en que estén los bienes dotales muebles que se hallaren en poder del marido á su muerte ó separacion de su mujer; y si no existieren, el precio de ellos. A falta de convenio de los interesados el crédito dotal ó la parte de él que no se restituya en los mismos bienes sobre que hubiere sido constituida la dote, deberá restituirse ó pagarse siempre en dinero. Tambien se entregarán á la viuda sin descontar de su dote, el lecho y vestido ordinario. Los créditos ó derechos aportados en dote serán restituidos en el estado que tengan, á no ser que por negligencia del marido se hubieren dejado de cobrar ó hecho incobrables, pues entónces la mujer y sus herederos pueden exigir su importe. Lo mismo, salvas pequeñas diferencias, disponen: el Código francés en los artículos 1471, 1481, 1492, 1566, 1567 y 1570; el de la Luisiana en los 2348, 2350 y 2385; el de Vaud en el 1107; el napolitano en los

Digitized by Google

1379, 1380, 1417 y 1428; el prusiano en el 436 tít. 1º part. 2; y el sardo en el 1558.

Por lo que hace á la sociedad conyugal, los artículos 1399 francés, 1573 sardo, 1395 napolitano, 202 holandés y 1310 español, la consideran comenzando á existir desde el momento de la celebracion del matrimonio.

Por los artículos 412 tít. 1º part. 2 del Código prusiano, 117 del holandés y 1312 del español, la renuncia á la sociedad legal no puede hacerse durante el matrimonio, sino en caso de separacion judicial.

Por los artículos 1395 napolitano, 1313 español, 1574 sardo y 208 holandés, la sociedad legal se gobierna por las reglas del contrato de sociedad: así es que como se ve en los 1314, 1315, 1316, 1317 y 1318 del español, hay bienes particulares de cada cónyuge ó socio, y pertenecientes á la sociedad como se ve de los 1319 al 1328 del mismo Código. Son bienes propios de la mujer los que constituyen la dote, y del marido los que componen el haber marital. Los bienes donados ó dejados en testamento á los esposos conjuntamente, con designacion de partes determinadas, pertenecerán en la proporcion designada por el testador á la mujer como dote y al marido como capital marital. Si las donaciones fueren onerosas se deducirá de la dote ó capital del esposo donatario, el importe de las cargas cuando hayan sido soportadas por la sociedad. En el caso de pertenecer á uno de los cónyuges algun crédito pagable en cierto número de años ó una pension vitalicia, se observará lo dispuesto en los artículos 1321 y 1322 para regular la dote y el capital del marido. De estos artículos hablarémos luego. Son bienes gananciales segun los artículos 1401 y 1498 frances, 1355 napolitano, 2371 de la Luisiana, 1576 sardo, 1084 y 1089 de Vaud y 1319 español, primero: los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio á costa del caudal comun, bien se haga la adquisicion para la comunidad, ó para solo uno de los esposos. Segundo: los obtenidos por la industria, sueldo ó trabajo de los cónyuges ó de cualquiera de ellos; y tercero, los frutos, renta ó interes percibidos ó de-

Digitized by Google

vengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes ó de los peculiares de cada uno de los cónyuges.

Los productos y rendimientos de la profesion, oficio ó cargo de cualquiera de los cónyuges son gananciales; pero no lo es la propiedad de los mismos oficios ó cargos, á ménos que hayan sido adquiridos durante el matrimonio á costa del caudal comun ó por la industria de los cónyuges ó de alguno de ellos.

Cuando pertenezca á uno de los cónyuges una cantidad pagable en cierto número de años, no serán gananciales las sumas cobradas por los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán como parte de la dote, si el crédito es de la mujer ó como capital del marido, si perteneciere á éste el crédito.

El usufructo ó pension pertenecientes á uno de los cónyuges perpetuamente ó durante su vida, forma parte de sus bienes propios; pero los frutos é intereses devengados durante el matrimonio son gananciales.

Si el usufructo ó pension no fuesen perpetuos ó vitalicios, los frutos é intereses aunque sean devengados durante el matrimonio, son bienes de cónyuge usufructuario ó pensionista, con deduccion de los gastos suplidos por la sociedad. Sin embargo; el usufructo de los cónyuges en los bienes de sus hijos, aunque sean de otro matrimonio, se rige por lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo.

Serán gananciales los frutos del matrimonio pendientes al tiempo de disolverse la sociedad, y se prorratearán dividiéndolos entre todos los dias del año y aplicando á la sociedad lo correspondiente á los dias que la misma sociedad hubiese durado en el último año, el cual se empezará á contar desde el aniversario de la celebracion del matrimonio.

Los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio con dinero propio suyo, se reputarán gananciales, á no ser que el mismo marido hubiere declarado en forma auténtica al tiempo de la adquisicion, que los adquiria para sí; pero en el primer caso el precio corresponderá al capital marital en la cantidad que sacó del mismo.

Las impensas útiles hechas en los bienes peculiares de cualquiera

Digitized by Google

de los cónyuges, por anticipaciones de la sociedad, ó por la industria del marido ó de la mujer, son gananciales.

Lo serán tambien los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge á quien pertenecia.

Cuando la dote ó el capital marital se componga en todo ó en parte de ganados que existan al tiempo de la disolucion, se reputarán gananciales las cabezas que escedan de las aportadas al matrimonio.

Las ganancias hechas al juego por el marido ó la mujer, ó provenientes de causa torpe que no sean restituibles, pertenecen á la sociedad, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código penal.

Se reputarán gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer.

FRACCION II.

Bienes parafernales.

"Semejantes á los bienes dotales, dicen Serna y Montalban, son los que por cualquiera título distinto del de dote lleva la mujer al matrimonio ó adquiere durante él, á los que se da el nombre de *parafernales ó extra dotales.*"

Hay sin embargo entre ellos y la dote dos diferencias interesantes. Primera: que la mujer puede retener el dominio de los bienes parafernales, que solo pasará al marido cuando se le hayan entregado con esta intencion, segun la ley 17 tít. 11 de la Partida 4ª, lo cual no se verifica con la dote, de la cual hemos visto que pasa siempre al dominio del marido, con mas ó ménos limitaciones. Segunda: que si bien la mujer tiene hipoteca tácita sobre los bienes del marido, tanto respecto á los parafernales como á la dote, segun la ley citada, no así el privilegio de prelacion que le corresponde en los dotales, conforme á la opinion mas comun y fundada.

"El marido como gefe de la familia, administra los bienes para-

Digitized by Google

fernales de la mujer, lo que ademas de ser conforme con la índole de la sociedad conyugal, encuentra apoyo en la ley 7ª tít. 2º lib. 10 de la Nov. Recop."

FRACCION III.

Donaciones esponsalicias.

Sobre este punto y algo de los siguientes continuarémos copiando las doctrinas de los Sres. Serna y Montalban, porque las materias que aquí tratan están muy bien fundadas y compendiadas.

["Los esposos, ántes de contraer matrimonio, se suelen hacer recíprocamente en señal de afecto y de cariño, regalos y obsequios que por lo regular consisten en joyas y vestidos. Estas dádivas han recibido el nombre de donaciones esponsalicias, y eran conocidas entre los romanos con el nombre de *sponsalitiæ largitates:* en el uso comun se las llama *vistas*, *regalos de boda*, *galas*, *donas* y con otras denominaciones. Y aunque, como hemos dicho, las pueden hacer ámbos, el esposo es quien generalmente suele darlas en beneficio de la esposa." Ley 3 tít. 11 de la Partida 4ª

"Como donaciones esponsalicias consideran generalmente los intérpretes, los regalos que con motivo del casamiento hacen los parientes del uno de los novios al otro; pero no los que se dan en consideracion al mismo agraciado é cuya clase pertenecen los hechos por sus parientes." Ni estos autores ni algunos otros que hemos consultado sobre este particular nos fijan regla alguna para no equivocarnos en la distincion de las donaciones hechas á la persona por consideracion á ella misma, y las que lo son por razon al matrimonio.

Estas donaciones no se revocan al arbitrio de quien las hizo, á no ser que intervenga una justa causa. Se considera como tal; primera, el no haberse contraido el matrimonio; y segunda, el haber dejado de contraerse por causas estrañas á la voluntad de los otorgantes; en cuyo caso si la mujer hizo la donacion volverá á recobrarla, y si la hizo

Digitized by Google

el marido la recobrará tambien, á no haber intervenido ósculo; habiendo intervenido se le devolverá solamente la mitad." Leyes 3 tít. 11 Partida 4ª y 3ª tít. 3 lib. 10 de la Nov. Recop.

FRACCION IV.

Arras.

La donacion que hace el esposo á la esposa en remuneracion de la dote ó de sus prendas personales es lo que llamamos *arras*, voz con que era conocida por el sistema foral la dote de los godos, y que tiene muchos puntos de semejanza con la presente institucion.

Hay una diferencia capital entre las arras y la donacion *propter nuptias* de las Partidas, y consiste en que en la donacion *propter nuptias* el dominio era de la mujer durante el matrimonio, y disuelto éste volvia al marido ó á sus herederos, de modo que solo venia á ser una especie de hipoteca para la seguridad de la dote y las arras; por el contrario disuelto el matrimonio que se consumó quedan absolutamente de la mujer.

Las arras, dicen innumerables autores, son una donacion; y como ésta es inválida con arreglo á derecho, no puede hacerse ni aumentarse durante el matrimonio.

Por los mismos motivos que las donaciones esponsalicias, las leyes 9 tít. 4º de la Part. 5ª; 1ª y 2ª tít. 2 lib. 3º del Fuero Real; y 1ª tít. 3 lib. 10 de la Nov., que es la 2ª tít. 2 lib. 5º de la R. y 50 de Toro, han fijado límites á las arras que jamas pueden esceder de la décima de los bienes del novio.

Cuando el matrimonio se ha consumado, el dominio de las arras pasa á la mujer, y quedan en su poder disuelto tal enlace; de lo contrario las devolverá al marido ó á sus herederos, segun lo dispuesto por la ley 2 tít. 3 lib. 10 de la Nov. R. Mas si solo hubiere el esposo dado ósculo á la esposa, ésta gana, haya ó no consumado y aun

Digitized by Google

realizádose el matrimonio, la mitad de todo lo que la hubiere dado el esposo, sea este de presente ó de futuro, dice la misma ley.

Aunque la administracion de las arras corresponde al marido como gefe que es de la familia, no puede enagenarlas ni aun con el consentimiento de la misma mujer, pues espresamente lo prohibe la ley 4ª tít. 3 lib. 3 del Fuero Real.

La mujer adúltera; la que voluntariamente hubiere abandonado á su marido; y la que hubiere huido de su casa tambien por su voluntad, son castigadas, entre otras penas, con la de perder el dominio de las arras; así lo ordena la ley 6ª tít. 2º lib. 3 del Fuero Real. Segun la ley 2ª tít. 3 lib. 10 de la Nov. R., si hubiese en el mismo matrimonio arras y donaciones esponsalicias, disuelto el matrimonio consumado, la mujer ó sus herederos tienen derecho de escojer una ó las otras, dentro de veinte dias contados desde el en que fueren requeridos con este objeto; y si no lo hicieren pasa este derecho á los herederos del marido, ó á éste en su caso.

FRACCION V.

Donacion propter nuptias.

Idéntica en el nombre esta donacion á la que conocieron las Partidas, es en su esencia del todo diferente. Consistia la última en cierta porcion de bienes que daba el marido á la mujer por razon de matrimonio y en cuya posesion entraba ésta desde luego, si bien el marido conservaba el dominio y administracion de ellos, pero sin facultad de venderlos ni enagenarlos. La donacion *propter nuptias* tenia por principal objeto constituir una hipoteca que respondiese de la seguridad y devolucion de la dote, y entre ésta y la primera habia de guardarse cierta igualdad y se observaba cierta semejanza, conforme á las leyes 1ª, 7ª y 23 tít. 11 de la Partida 4ª Nada de esto sucede con la donacion *propter nuptias* consignada en las leyes de Toro, y es la que *los padres hacen á sus hijos para sostener con*

Digitized by Google

decoro las cargas del matrimonio, como lo dicen la ley 5ª tít. 3 lib. 10 de la Nov. R. y la 9 tít. 6 del mismo libro y Código.

Concluirémos advirtiendo que para evitar repeticiones nada decimos de lo que sobre el particular dispone la ley de 10 de Agosto de 1857, sino que nos remitimos á la parte 3ª del párrafo 5º de este capítulo donde la hemos copiado.

PARRAFO V.I.

¿Cuáles son los derechos del cónyuge supérstite para heredar al finado, muera testado ó intestado?

La ley de 10 de Agosto de 1857 seccion 5ª, artículos del 56 al 63 fija los derechos del cónyuge supérstite respecto de la sucesion en los bienes del finado, muera testado ó intestado, de la manera siguiente.

Art. 56. Si no hubiere otra persona con derecho á suceder al finado mas que su cónyuge, éste heredará todos los bienes.

Art. 57. Si quedare alguna otra persona con derecho á suceder, ademas de su dote y gananciales y de las donaciones que legalmente le hubiere hecho su cónyuge, se le dará al supérstite la parte que se dirá en los artículos siguientes.

Art. 58. Dejando el difunto hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por matrimonio, una parte igual ó la de cada uno de éstos se dará al cónyuge sobreviviente, si no hubiere bienes suficientes para vivir segun su estado, en cuyo caso se le ministrará solo lo que falte para que su caudal iguale á la legítima de uno de los hijos, quienes tendrán no solo la propiedad sino el usufructo de ella.

Art. 59. En concurrencia con solo hijos naturales, se le aplicará una parte igual á la de éstos.

Art. 60. Habiendo padres ú otros ascendientes, tendrá igual parte que cada uno de ellos.

Digitized by Google

Art. 61. Si quedaren hermanos ó hijos de éstos, tendrán la misma porcion que uno de los hermanos.

Art. 62. El cónyuge supérstite escluirá á los parientes del cuarto grado en adelante.

Art. 63. Si el cónyuge supérstite fuere la mujer y quedare embarazada, ademas de su porcion se le ministrarán alimentos, que se imputarán en la parte que corresponde al póstumo, si naciere con los requisitos legales, ó en caso contrario se deducirán de la masa del caudal."

Como nuestro objeto no es refutar sino citar la ley, nada decimos sobre la que acabamos de trascribir, no obstante que habria sobrado material entre otras innumerables cosas, por la manera con que confunde al cónyuge viudo con los padres é hijos legítimos del finado, con los hijos naturales y con los hermanos del mismo difunto.

Conforme á la legislacion antigua se seguia otro estremo demasiado injusto tambien y funesto siempre al derecho del cónyuge supérstite.

En efecto: por la auten. Præterea, C unde vir, et uxor, solo se fijaba al viudo una parte ó porcion de los bienes del premuerto bastante insignificante. Por la misma disposicion se prohibia á los consortes sucederse ab intestato, habiendo parientes de una ú otra línea: mas por testamento ó por otro título lucrativo podian trasferirse sus bienes, aun cuando tuvieran hijos, segun la ley 3, C de secum. nupt. y Llamas y Molina en su comentario á la ley 15 de Toro; pero si el supérstite pasaba al segundo matrimonio, heredaba del premuerto el derecho de usufructuar los bienes que éste dejaba, dicen la ley 3ª citada y la Novela 22 cap. 23; y si permanecia en el estado de viudedad, ademas del usufructo tenia la propiedad de dichos bienes y podia por lo mismo disponer de ellos como quisiera conforme á la ley 5ª párrafo 2 del mismo título y á la Novela 22 cap. 20 párrafo 1º Esta disposicion fué corregida por la Novela 98 cap. 1º que ordena: que tanto en el estado perpetuo de viudedad, como en el de segundo enlace del cónyuge que sobrevive, solo tenga el usufructo

Digitized by Google

y pertenezca á los hijos la propiedad de los bienes dotales y de la donacion *propter nuptias*.

Por el emperador Justiniano se mandó posteriormente en la Novela 127 cap. 3, se concediese mayor parte á los que permanecian viudos que á los que pasasen á segundas nupcias.

Todo lo espuesto debe entenderse de ambos cónyuges, pues aunque el Código Teodosiano en su ley 29 solo usaba de palabras suasorias acerca del padre, el emperador Justiniano al trasladar la ley de Teodosio á la 5 del mismo título de su Código, suprimió las palabras suasorias, é igualó así la condicion del padre y la de la madre en cuanto á lucrar la dote y donacion *propter nuptias:* dice Llamas y Molina en el lugar citado.

Como una consecuencia legal de la propiedad que la madre adquiria y dejamos referida, tenia la facultad segun hemos visto, de poder disponer de aquella en favor de cualquiera de sus hijos de primer matrimonio; mas como ésta perjudicaba los derechos de los demas, el sábio Justiniano en sus Novelas 2 cap. 1º y 22 cap. 20, mandó que se repartiesen entre todos por partes iguales.

Esto es por lo que hace á los derechos que el cónyuge supérstite adquiere del finado. Veámos ahora los que adquiere por la muerte de alguno de sus hijos.

Cuando uno de los hijos del primer matrimonio muere y en su testamento instituye por heredera á su madre, ésta, segun la Novela 22 cap. 46 párrafo 1º, adquiere con pleno derecho todo lo que haya dejado el hijo. Mas si éste muere intestado debemos distinguir dos casos: primero, si deja hijos ó descendientes; segundo, si no deja ni unos ni otros. En el primer caso segun la ley 7, C. de este título y la Novela 2 cap. 3, suceden al intestado en todos sus bienes sus hijos ó descendientes. Si deja hermanos ó hermanas, con arreglo á la misma Novela 2 cap. 3 pár. 1º y á la 22 cap. 26, son preferidos á la madre en los bienes nupciales, sin que pueda la madre percibir otra cosa que el usufructo de la donacion *propter nuptias*, aun en el caso de haber cedido la madre al mismo hijo la referida

Digitized by Google

donacion que la dejó su marido. Así lo esplica Cujacio al esponer la mencionada Novela.

Por lo que hace á los demas bienes no nupciales se debe investigar si la madre permanecia viuda ó si habia vuéltose á casar. Si lo primero, adquirió la propiedad de los bienes del hijo; pero con esta diferencia, que muriendo intestado sucedia con las hermanas del difunto en la mitad de sus bienes por partes iguales con los hermanos, conforme lo dispone la ley final C. ad senat Tert., que fué corregida por Justiniano en el párrafo segundo cap. 47 de la Novela 22, mandando que hermanos y hermanas fuesen iguales al heredar al hermano premuerto. Si lo segundo, es decir, si la madre volvió á casar, debemos atender á si lo hizo ántes ó despues de muerto el hijo: si ántes, le sucede tanto en los bienes adventicios como en los profecticios, ya ex testamento, ya ab intestato, en una parte igual con los demas ó en la que se le haya dejado en el testamento; mas en ambas sucesiones solo adquiere el usufructo y no la propiedad, conforme á la ley 3 *fœminæ* C. párrafo último *de sec. nupt.* Si el matrimonio lo contrajo despues de muerto el hijo, la madre adquiere la propiedad de la parte que le corresponde de los bienes adventicios y el usufructo de los profecticios, cuya propiedad debe reservar á los hermanos ó hermanas del difunto: así lo dispone la ley *Mater* 5. *C. ad senatum Tertulianum.*

Mas tanto respecto del viudo como de la viuda no hay necesidad de distinguir hoy, segun la Novela 2 cap. 3, los tiempos ni la clase de bienes; sino que, háyase casado ántes ó despues de la muerte del hijo ó permanezca en el estado de viudedad, debe percibir una parte igual á la de los demas hijos, de los bienes de su finado hermano. Esta Novela fué confirmada por la 22 cap. 46 pár. 2, que sin embargo volvió á restablecer la diferencia de bienes adventicios y profecticios, mandando que en éstos sucediese la madre ab intestato en el usufructo y en aquellos en la propiedad, si se casaba segunda vez, y si permanecia viuda, sucedia en *pleno jure* en unos y otros, todo se entiende en caso de morir el hijo intestado; pues por testamento sucedia la madre en la propiedad de todo lo que la dejase el hijo, fuese de bie-

Digitized by Google

nes adventicios ó profecticios, dice la misma Novela 22 cap. 46 párrafo 1º

Algunas veces los consortes pactan el lucro que han de percibir de la dote y de la donacion *propter nuptias* en caso de morir uno de ellos primero; y estos pactos deben ser iguales, segun la Novela 97 cap. 1º y leyes 9 y 10 C. de *pactis conjuguum*. Uno de los pactos que suelen celebrar los contrayentes á fin de lucrar la dote y donacion *propter nuptias*, no solo en el usufructo sino tambien en la propiedad, se llama *orbitatis filiorum*, y en griego *Apaidias*, y se reducia á que el consorte sobreviviente, no teniendo hijos del primer matrimonio ó muriendo todos ó alguno de ellos, lucrase la parte que se pactó, como se manifiesta por el ejemplo de que usa Cujacio en el comentario á la citada Novela 22.

Pactando los contrayentes que el que sobreviviese perciba todo el usufructo de la dote ó donacion *propter nuptias*, si quedan hijos del primer matrimonio, y que no teniéndolos ó llegando á faltar en vida del consorte, perciba la mitad de la dote y donacion no solo en cuanto al usufructo, sino tambien en cuanto á la propiedad; y suponiendo que la dote ó donacion es de ochocientos pesos y que se ha repartido entre cuatro hijos, muriendo alguno de ellos lucrará el consorte que sobrevive, en virtud de este pacto, cien pesos que son la mitad de la parte que cupo á este hijo, los otros cien se dividirán entre sus hermanos, quedando el padre ó la madre con el usufructo y propiedad de los cien pesos; y si llegan á faltar los demas hijos percibirá *pleno jure* por el mismo pacto cuatrocientos pesos que es la mitad de la dote ó donacion que se pactó lucrase el consorte que sobreviviera en el caso de la muerte de todos los hijos ó de algunos de ellos. Lo mismo que se ha dicho del caso de la muerte de los consortes, se observa en el de divorcio legítimamente hecho, segun la Novela 98 cap. 1º

Por la ley 14 tít. 2º lib. 4º del Fuero Juzgo, la madre hereda juntamente con los hijos y por iguales partes los bienes de su marido, pero solo en cuanto al usufructo; y aun éste pierde si entra á segundas nupcias.

Digitized by Google

Muriendo uno de los padres, el supérstite adquiere la herencia de sus hijos en cuanto al usufructo, segun la ley 13 tít. 2º lib. 4º del Fuero Juzgo.

La ley 1ª tít. 2º lib. 3.º del Fuero Real obliga á la madre viuda á reservar á favor de sus hijos las tres cuartas partes de las arras que recibió del marido, y si volviere á casar y tuviere hijos del segundo matrimonio, les reservará la madre la misma porcion de arras que reservó á los del primero; pero se sacará de las que le hubiere dado el segundo marido.

Por la ley 18 tít. 2º lib. 4º del Fuero Juzgo, muerto un hijo y uno de los padres, el que sobreviva de éstos heredará la porcion del hijo; pero solo podrá disponer en favor propio del quinto de ella, pues los cuatro quintos restantes debe entregarlos á los hijos ó nietos del padre ó madre de donde provenian los bienes.

La ley 26 tít. 13 de la Part. 4ª dispone que casándose segunda vez la viuda reserve para los hijos del primer matrimonio las arras y donaciones que hubiere recibido de su primer marido; y aunque Gregorio Lopez en su glosa segunda á esta ley, afirma que no casando segunda vez la mujer, no tiene la obligacion referida, esta opinion no debe admitirse por estar en su contra la espresa y terminante ley 23 tít. 11 de la Part. 4ª que establece y declara que el marido gana la dote de la mujer y ésta la donacion que la hace su marido por razon del matrimonio, en uno de los tres casos siguientes: pacto, adulterio y costumbre: lo que debe entenderse en cuanto á la propiedad, no habiendo hijos, y en cuanto al usufructo habiéndolos. Así lo dice la misma ley, y lo sostienen Palacios Rubios, Posadilla y Llamas y Molina.

Estando como están resueltos en la ley 23 tít. 11 de la Part. 4ª citada, los títulos porque cualquiera de los consortes gana los bienes que hubiere recibido del otro; siendo esto por pacto, costumbre ó pena, llama la atencion que la ley 26 tít. 13 de la Partida 5ª resuelva que lo que recibió la mujer del marido lo hace suyo, ménos en caso de segundo matrimonio, en el que debe reservarlos para los hijos del primero. Llamas y Molina concilia ambas disposiciones dicien-

Digitized by Google

dres. Si porque los padres eran herederos legítimos de sus hijos ab intestato, estaban obligados aquellos en caso de contraer segundo matrimonio á no disponer de los bienes profecticios, en los que solo gozaban el usufructo, ahora que, aun cuando sucedan ex testamento son herederos forzosos de sus hijos en las dos terceras partes por dicha ley 6 de Toro, deberán reservar á los hijos del primer matrimonio las espresadas dos terceras partes, si los bienes son profecticios, porque en estas dos terceras partes no suceden de voluntad y libre disposicion del hijo sino *ex necessitate legis*, como juiciosamente lo observa Febrero en su primera parte de la Librería de Escribanos, cap. 1º párrafo 23 número 253, y lo repite en la segunda parte lib. 2º cap. 5 párrafo 2, número 17, aunque por hablar general é indistintamente de los bienes profecticios y adventicios, debe limitarse su doctrina á solo los bienes profecticios, pues los adventicios los adquiere y dispone de ellos libremente tanto ab intestato como ex testamento, segun la Auténtica, *ex testamento*, que no está corregida por nuestras leyes."

"Alvarez Posadilla, en el comentario á esta ley, sigue en esta parte la doctrina de Febrero; pero sienta por punto general que la madre está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio lo que hubiere heredado ab intestato de alguno de ellos en que ciertamente se engaña, porque si los bienes eran adventicios, la Auténtica *ex testamento* le concedia á la madre la libre disposicion, y por nuestras leyes no se le ha limitado esta libertad."

"Conformándome con la opinion de Febrero, que él propone como probable y yo la tengo por cierta, debo advertir, para la mas cabal esposicion de esta ley, 15 de Toro, y la 6 del mismo cuerpo, que los bienes profecticios que herede la madre de alguno de sus hijos ex testamento ó ab intestato, no solo los adquiere en cuanto al usufructo, sino tambien en la propiedad, y esla razon, por que la ley 7 escluye al heredero de concurrir con sus padres ó ascendientes á la herencia de su hermano ab intestato, y si la madre solo sucediese al usufructo, se seguiria que los hijos no solo concurrian con ella á la herencia del hermano, sino que la escluian en cuanto á la propie-

Digitized by Google

dad; pero esto no impide que las dos terceras partes de los bienes profecticios que la madre herede por testamento del hijo, no esté obligada á reservarlas á los hijos del primer matrimonio: es la razon, porque dichas dos terceras partes aunque provienen ex testamento, no es por libre voluntad del testador, sino *ex dispositione legis*, y la 6 de Toro: y el que tenga la propiedad de ellos ni le da facultad para enagenarlos, ni le liberta de la obligacion de restituirles, como si fueran bienes de fideicomiso."

Como vimos en el punto cuarto del párrafo quinto de este capítulo, la ley 3 tít. 2 lib. 5 de la R., que es la 2 tít. 3 de 10 de la Nov., ó 52 de Toro, dispone que, "cualquier esposa ora sea de presente, ora sea de futuro suelto el matrimonio, gane si el esposo le oviere besado, la meitad de todo lo que el esposo la oviere dado, antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso o no, y si no la oviere besado no gane nada de lo que la oviere dado, y tornese a los herederos del esposo; pero si cualquiera de ellos muriere despues de consumido el matrimonio, que la muger e sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados, le ovo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento ó matrimonio; pero si arras oviere que sea en escogimiento de la muger, o de sus herederos ella muerta, tomar las arras, o dejarlas, e tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado. Lo cual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido: y si no escogieren dentro del dicho termino que los dichos herederos escojan." Y estos son otros de los derechos hereditarios que las viudas tienen respecto de los bienes de su difunto marido.

Como el matrimonio es tambien una sociedad legal, los sócios están obligados á pérdidas, así como tienen derecho á ganancias; y por lo mismo, cuando éstas se renuncian, no deben reportarse aquellas, ni por tanto debe, el que hace tal renuncia, quedar obligado al pago de deudas de la sociedad ni ménos del sócio ó cónyuge finado. Por esto sin duda la ley 9 tít. 9 lib. 5 de la R., que es la 9 tít. 4º lib. 10 de la Nov., ó 60 de Toro, dispone que, "cuando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada a pagar parte alguna de las

Digitized by Google

Digitized by Google

CUARTA PARTE

Derechos póstumos de los padres; mejor dicho, exámen de lo relativo á las materias de tutores y curadores; sustituciones; albaceas; inventarios; colacion y particion; reservacion de bienes; y modo de elevar á instrumentos públicos el testamento cerrado, el ológrafo y las disposiciones verbales. Hé aquí las materias que debemos tratar en esta parte; y lo harémos en los siguientes capítulos.

CAPITULO PRIMERO.

Derechos póstumos de los padres.

En otra parte dijimos, y ahora repetimos que patria potestad es, "el derecho que tienen los padres de familia para gobernar y administrar la sociedad doméstica, conforme con su naturaleza, institucion y fin." Tambien dijimos cuántas y cuáles son sus especies á saber: onerosa y útil. Ahora agregamos que, de hecho y de derecho, la patria potestad se estiende mas allá de la muerte del gefe doméstico ó padre de familia, y debe de la misma manera estenderse mas allá de la del ministerio de la misma sociedad, ó madres de familia; todo conforme á la naturaleza de las cosas y á la razon, objeto y fin de la existencia del poder doméstico. No obstante esto, el

Digitized by Google

derecho civil, partícipe y envuelto muchas veces en las ficciones y caprichos del derecho romano, tan impropios de nuestra época como buenos para la suya de abyeccion, degradacion y miseria, consecuencias lógicas é hijos naturales del orgullo é ignorancia del paganismo que cubria á la antigua Roma; el derecho civil, que en las sociedades católicas debia, mas que en toda otra, ser la fiel aplicacion del natural á la sociedad, y que sin embargo podemos llamar con exactitud, la personificacion de la barbárie cubierta y adornada con la púrpura de la civilizacion materialista que ponen á los restos del paganismo arruinado, los progresos del protestantismo en la prodigiosa multiplicidad de sus aspectos de destruccion; el derecho civil, repetimos, como si se hubiese siempre empeñado en errar para patentizarnos que fuera del catolicismo no hay mas que el caos, porque fuera de la verdad solo hay error, fuera del bien solo hay mal, y fuera de la verdadera libertad solo existen la tiranía y el libertinaje; el derecho civil, símbolo de la finitud, debilidad y nada del hombre sin Dios, y concreto de todos los absurdos y ridículos estravíos de la imperfeccion humana; el derecho civil, en una palabra, es el único y con razon supuesto lo dicho, que niega á la madre lo que el Autor de su ser la concedió, la patria potestad, que si bien está subordinada á la del padre, no por esto deja de existir en la mujer, ni de ser necesaria, conveniente, útil, y sobre todo, absolutamente precisa en la vida del poder doméstico, y mas singular y directamente despues de la muerte del marido, gefe nato de esa sociedad.

Para evidenciar que la mujer tiene patria potestad, y persuadirnos de la exactitud de lo espuesto, escuchemos la razon, examinemos la naturaleza y ocurramos á la fuente y norte de ambas, al catolicismo.

El fundamento de la patria potestad está en las relaciones esenciales é indestructibles de paternidad y filiacion que hay entre las tres personas de la sociedad doméstica, de las cuales la una, el hijo, es determinada á la existencia por las otras, que son padre y madre. Si ésta, contra las disposiciones de los legisladores humanos y aun á pesar suyo, está unida con los hijos que tiene, por relaciones tales

Digitized by Google

que su no existencia, una vez habida, no solo no puede conseguirse pero ni siquiera concebirse ó imaginarse aun muertos padres é hijos, puesto que todavía asi lo habrán sido y nunca dejarán de haberlo sido; si, como no hay duda, estas relaciones han creado por su esencia, derechos y deberes; si, como es cierto, unos y otros son de la naturaleza de las relaciones, y éstas de la clase de las naturales á las que corresponden leyes tambien naturales; si, como no puede dudarse, las leyes civiles deben ser la fiel espresion de las naturales, so pena de no ser leyes, sino demostraciones de las torpezas del entendimiento humano, de los caprichos del raciocinio estraviado del hombre, ó manifestaciones de los sentimientos mas ó ménos corrompidos del corazon masculino, que mejor deberiamos llamar borrascosa region de las desencadenadas y destructoras pasiones sociales; si todo esto es evidente, como lo es, se palpa que la madre, lo mismo que el padre, tiene patria potestad; y no se comprende sino atendiendo a lo que dejamos espuesto al principio, cómo ha podido desconocerse tal derecho en la madre, ni ménos cuando se han reconocido en ella multitud de los deberes propios de la misma patria potestad en su aspecto de onerosa. Mas este es el hecho; y solo dejará de serlo, cuando la influencia benéfica de la ciencia y sublimidad del catolicismo recobre los derechos que le competen y siempre han sufrido mas ó ménos en su santificante desarrollo. Será así, porque el catolicismo es el único que saca á la mujer del cieno inmundo y corrompido del serrallo en que la colocara el paganismo; el único que la evita caer en la hedionda y miserable condicion de meretriz á que la lleva el protestantismo con la disolucion del vínculo matrimonial ó con solo reconocer en el legislador humano facultad de legislar sobre la disolubilidad ó indisolubilidad citadas; y finalmente, el catolicismo es el único que la eleva al rango de incomparable y perpetua esposa; de tierna, amante y virtuosa madre; y de sumisa, obediente é inmejorable hija. Será así, porque solo de esta manera pueden el padre y la madre gozarse en el recto uso de sus derechos y en el lleno de sus hermosísimos deberes consiguientes al pátrio poder que ambos tienen concedidos por Dios; fijados por

Digitized by Google

la naturaleza con que los ha creado, reconocidos por la razon de que con tal objeto les ha dotado; y garantidos, normados y guardados por el catolicismo, única religion verdadera por ser la dada al mundo por el mismo Dios.

"Honrarás á tu padre y á tu madre" nos ha dicho él mismo; y si bien este sublime precepto ha creado deberes en los hijos, tambien ha otorgado derechos á los padres: nipodria ser de otra manera, puesto que, por la naturaleza de las cosas, derecho y obligacion son correlativos, de tal modo que no puede existir la una sin el otro.

Repetimos que la madre, por la naturaleza, tiene tambien patria potestad, como el padre de la misma sociedad doméstica. Mas dos poderes omnímodos, absolutos y sin reglas de conducta, darian por resultado la destruccion de la sociedad en que se ejercieran, teniendo que constituirla, administrarla y gobernarla bajo el mismo aspecto, pero por distintos motivos, con distintas causas y quizá con diferentes fines. Para evitar estos males, el poder de la madre está subordinado al del padre, no obstante tener el mismo orígen, la generacion: el mismo objeto, el establecimiento de ellos en la sociedad: los mismos medios para llenar el objeto y conseguir el fin; la conservacion, la educacion y el establecimiento de los mismos hijos. Y nada de esto serviria si no tuvieran padres é hijos reglas á que sujetarse, independientes del cariño, de las preocupaciones y de los sentimientos mal dirigidos. Estas reglas ó leyes existen, y es su mayor salvaguardia la moral que las norma y fija; la religion que las consagra y diviniza, la ley natural que las cria y custodia, y la civil que las reconce, garantiza y reglamenta.

Esto corrobora mas y mas la conviccion que tenemos de que el padre y la madre tienen patria potestad, sin la que es imposible comprender el modo de establecer una proporcionada indemnizacion en este punto en que la naturaleza ha establecido una igualdad tal como la que vemos, de penas, de cuidados, de afectos, de goces y de sinsabores en el padre y en la madre.

La ley civil, reconociendo la patria potestad tambien en la ma-

Digitized by Google

dre, "repararía dice Gaume, con disposicion tan equitativa, la injusticia de muchos siglos, haciendo entrar por la primera vez á la madre en la familia, como ministerio de ella, y reintegrándola en el goce de los derechos imprescriptibles que tiene por la naturaleza misma y que tanto tiempo ha contrariado el derecho humano."

El hombre determinado por el impulso de la naturaleza, por su patrio poder, quiere hacer caminar su influjo, tanto como sus previsiones y afectos; y ya que no le es dado conservarse siempre para dirigir á sus hijos, al ménos hasta el momento de establecerlos, procura hacerlo por uno de los medios que el derecho le permite. He aquí, cómo los derechos póstumos de los padres, tienen por base y fundamento á la patria potestad; y he aquí por qué, aunque á la madre no han sido reconocidos tales derechos, los tiene como la potestad de que emanan. Mas ¿cuáles son estos derechos póstumos de los padres? ¿qué otros les concede el derecho civil? ¿cómo, donde y cuando se usan estos derechos? ¿cómo cesan? Todo lo sabremos en los párrafos siguientes.

PARRAFO I.

¿Cuáles son los derechos póstumos de los padres?

El padre, nuevo Jacob, bendice á sus hijos al morir: pero ellos necesitan por su edad y lo escabroso del camino que van á recorrer, y que llamamos vida, un Mentor que pueda precaverles del peligro, separarles del riesgo, apartarles del abismo y trazarles el sendero de la verdadera felicidad temporal y eterna. Este Mentor lo encuentra ó cree encontrarlo, y al efecto le nombra el padre de entre sus mas íntimos amigos, ó de las personas que mas se le allegan y están unidas por los vínculos de la naturaleza ó de la sociedad, y en las cuales juzga hallar las prendas y cualidades necesarias al objeto de su nombramiento, de esta palmaria y concluyente prueba de la mas

Digitized by Google

caracterizada confianza que un hombre puede hacer de otro hombre. Esta persona recibe el cargo de desempeñar al padre para con sus hijos, atendiendo á su conservacion, educacion y establecimiento verdadero, sólido y feliz en cuanto cabe en la tierra, y cuya felicidad es el preludio de la eterna.

La inspeccion y gobierno de esta persona, es toda de proteccion y seguridad; lo que forma las atribuciones de dichas personas: y por esto la que recibe tal cargo, lleva con toda exactitud legal y lógica, el nombre de "tutor."

El derecho de nombrar tutores para los hijos, está fundado en la patria potestad, repetimos; es el motivo de su ejercicio, las imperiosas necesidades de la infancia; su raiz, la naturaleza de las afecciones paternas; su basa la ley natural; y por lo mismo, las reglas para su ejercicio social, son y deben ser, la ley natural y le ley civil como verémos bien pronto.

El tutor, aceptado el cargo, contrae las obligaciones de un padre; y por esto está sujeto á la imputacion moral en el fuero de la conciencia, y á la civil ante los tribunales del Estado.

Es pues uno de los derechos póstumos de los padres, la facultad de nombrar ó dar tutor ó curador á sus hijos; y este derecho tambien lo tiene la madre; porque esta y los padres están interesados por los mismos afectos, y obligados por idénticas razones á conseguir y realizar todo lo relativo á la conservacion, educacion y establecimiento de sus hijos. Así lo dicta la razon, lo persuade el exámen de la naturaleza de las cosas, lo funda el estudio de los sentimientos del corazon paterno y materno, y lo proclama nuestra augusta religion católica.

Mas la aplicacion de la ley natural, el derecho civil, ¿qué dice? Segun él pueden tanto el padre como la madre nombrar tutores y tienen tales nombramientos igual valor? ¿Cuantas clases hay de tutores y curadores? ¿Quiénes pueden serlo? ¿Puede alguno dejarlo de ser y por qué motivos? ¿Cuáles son los derechos y deberes de los tutores y tutoreados? ¿Cuándo, cómo y por qué termina la tutela? He aquí las cosas que debemos estudiar para saber lo relativo á esta

Digitized by Google

parte de los derechos póstumos de los padres. Lo conseguirémos en los siguientes puntos.

PUNTO I.

¿Qué se entiende por tutor y curador, y quiénes pueden darlos ó nombrarlos?

La ley 1ª tít, 16 de la Partida 6ª, define la tutela diciendo que: "Tutela quiere decir en latin, como guarda en romance, que es dada, e otorgada al huerfano libre menor de catorce años, e a la huerfana menor de doce años, que non se puede, nin sabe amparar."

La ley 13 del mismo título y Partida dice que: "Curatores son llamados en latin, aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años, e menores de venyte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuessen mayores, seyendo locos odesmemoriados:" y en consecuencia curatela, es la guarda del púber, dada por orfandad ú otro motivo legal.

Conforme á la ley 3 del mismo título y Partida. "El auelo o el padre, puede dar guardador a su fijo, o a su nieto, que estouiesse en su poder e que fuere menor de edad." Tal nombramiento no necesita ratificacion judicial.

Segun la ley 6ª del título y Partida referidos: "La madre que faze testamento, en que estableciesse por sus herederos a sus fijos, que non ouiessen padre, bien les puede establescer guardador en el. Pero tal guardador como este non puede vsar en ninguna manera de los bienes del mozo, a menos de ser confirmado del Juez del lugar, do son los bienes." ¡Como si el amor materno fuera ménos desconfiado, previsor y seguro que el paterno! ¡Como si la madre solo tuviera patria potestad y en consecuencia derechos póstumos, cuando instituye de herederos á sus hijos! ¡Como si alguna vez pudiera dejarlo de hacer y para estímulo se la concediera tal facultad de dar tutor, y esto con la restriccion de que sea autorizado el

Digitized by Google

nombramiento por el Juez! ¿Tendrá mas interes el estraño que la madre? Así lo supone esta ley, ó al ménos lo deja entender. Y ¿tambien concederá al estraño la patria potestad que niega á la madre legítima?

Segun la ley 8ª del mismo título y Partida, el padre natural puede dar tutor á sus hijos naturales; pero para desempeñar su encargo, necesita el tutor prévia ratificacion judicial, porque no se le reconoce al padre patria potestad; y en esto creemos hay tambien un error, pues tal padre reconoce á su hijo, y por tanto desaparece la duda de su paternidad, que es el motivo porque no se reconoce la patria potestad natural por la ley civil.

Lo mismo ordena la citada ley en cuanto al nombramiento y á la prévia y judicial ratificacion del tutor y curador que un estraño diere al heredero que instituyere en su testamento; y en esto sí hay justicia y razon, pues no hay patria potestad alguna. De esto mismo inferimos tambien otra razon para que ni á la madre legítima, ni al padre natural deba exigirse para la validez del nombramiento que hagan de tutor ó curador para sus hijos, la prévia aprobacion judicial, pues en algo debe diferenciarse el estraño de la madre legítima y del padre natural.

Por idénticas razones, y porque respecto de los hijos naturales no legitimados ni reconocidos por el padre, la ley solo reconoce la patria potestad en la madre, como se deduce de lo que dice la 11 tít. 13 Part. 6ª, creemos que en este caso el nombramiento de tutor y curador que la madre hiciere en testamento, á sus hijos naturales, valdrá aun sin la prévia autorizacion judicial; porque entónces tal nombramiento es uno de los derechos póstumos de la patria potestad que en este caso las leyes reconocen en la madre, "porque está cierta del fijo que nasce della." Aun por la razon de esta ley, creemos que tambien el padre natural, cuando reconoce al hijo, le puede dar tutor sin necesidad de aprobacion judicial; y con doble motivo debe hacerlo la madre legítima.

Hemos fijado los casos en que el nombramiento de tutores y curadores necesita para ser ejercido por la persona en quien recae, la

Digitized by Google

autorizacion judicial. Ahora debemos tambien decir que estos nombramientos no necesitan tal ratificacion en los tres siguientes casos: primero, cuando la tutela es confiada en testamento por el padre á sus hijos legítimos: segundo, cuando la tutela es confiada á la madre ó abuela, pues éstas son tutoras por la naturaleza, afecciones y amor á sus hijos y nietos: y tercero, cuando el testador ordena en su testamento ú otra válida disposicion, que sin decreto judicial prévio, pueda entrar á la administracion de la tutela, el nombrado. Así lo disponen las leyes 4, 6 y 8 del tít. 16 de la partida 6ª

CONCORDANCIAS.

Los artículos 397 del Código francés y 177 del español, dicen: "que el padre puede nombrar tutor en testamento á sus hijos menores;" incluso el desheredado, dice el español, y no el francés que no admite la desheredacion.

Por los artículos 384 y 397 del Código francés; 366, del holandés; 214 del de Vaud; 319 del napolitano; 245 del sardo; 178 del español; 149 y 150 del austriaco; y 275 del de la Luisiana, se declara: que la madre, despues de muerto el padre ó de la disolucion del matrimonio, sucede al padre en la patria potestad con todos sus derechos y obligaciones. Esta patria potestad, ha sido negada por los antiguos códigos romano y de Partidas, y por los modernos, prusiano y bávaro: éste en sus artículos 1º y 5º cap. 5º lib. 1º

De los códigos antiguos, el del Fuero Juzgo fué el mas racional, humano y moral sobre esta materia, pues en su ley 8ª tít, 1º lib, 3º dice: "*patre mortuo utriusque sexus conjuntio in matris potestate consistat quia non minorem curam*, dice la ley 1ª tít. 3º lib. 4º *erga filiorum utilitatem matres constant frecuenter impendere.*"

Por lo mismo que, como hemos visto, los códigos modernos reconocen en la madre la patria potestad que la negaba la antigua legislacion; los artículos 178 del español, 399 y 400 del francés y 319 del napolitano, declaran corresponder á la madre, en defecto del padre, la facultad de nombrar tutor á sus hijos.

Digitized by Google

El padre, y en su caso la madre, pueden nombrar un tutor para todos sus hijos menores, ó encargar la tutela de cada uno de éstos á persona diferente, aunque le sobreviva su consorte, siempre que no pueda entrar en el ejercicio de la patria potestad; pero cesan lo la incapacidad ó impedimento, cesará tambien el tutor testamentario, dice el artículo 179 del Código español.

Por el 180 se ordena, que "si el padre ó la madre nombraren mas de un tutor á un hijo suyo, con el fin de que los nombrados se sustituyan unos á otros, en el caso de muerte, incapacidad, escusa ó separacion de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado por el órden de su designacion en el testamento, á no ser que el testador determine el lugar en que deban entrar á desempeñarla. Siempre que nombre mas de un tutor, se entenderán nombrados por su órden; y en éste sustituirán unos á otros."

PUNTO II.

¿Cuántas clases hay de tutores y curadores?

De la misma manera que las herencias, los nombramientos de tutores y curadores pueden ser por testamento, por la ley y por el juez. De aquí resulta la division de tutores en testamentarios, legítimos y dativos. De estas clases se ocupan las leyes 2, 12 y 19 tít. 16 de la Part. 6ª

Respecto de las curatelas, dirémos con Febrero de Pasua en e tomo 1º tít. 4 cap. 2 n. 2 pág. 267 edic. mexic na de 1834: con la L. His qui. párr. 1.º ff. De tutor. et curator. dat; y con las 1ª párr. 1º y 2 Cod. de curator. furios., que solo hay un caso en que son legítimas: este es el establecido por el derecho en favor de los dementes. Si el paciente es el padre, será curador el hijo mayor de veinticinco años, y si éste es el demente, será su curador el padre, aun estando emancipado el hijo.

Digitized by Google

Aunque la legislacion civil nuestra nada dice sobre esto, se observa en la práctica lo que dejamos espuesto, quizá por haberse así acostumbrado desde el tiempo en que en España se observó la legislacion romana con este carácter.

La curatela testamentaria, es igual en cuanto á su orígen, modo de hacerla y lugar en que conste, á la tutela; pero no en cuanto á su objeto, ni manera de realizarlo; y tampoco lo es segun la ley 13 tit. 16 de la Part. 6ª en el modo de constituirla; pues "otrosi dezimos, que el curador non deue ser dexado en el testamento, pero si fuere y puesto, e el Judgador entendiere que es a pro del mozo, deuelo confirmar." De manera que para que la curatela testamentaria tenga valor, es preciso que el juez confirme el nombramiento de curador hecho en testamento por el otorgante.

Para la curatela dativa es preciso tener presente que, segun la ley 13 tit. 16 de la Partida 6ª, el nombramiento compete á los menores, y la confirmacion y discernimiento del cargo al juez; y esta curatela no puede ser forzosa al menor, sino en caso de pleito ó de no tener quien sea su curador ó de resistirse á nombrarlo; y ya por voluntad del menor, ó como fuere, una vez nombrado el curador, lo es para todos los negocios y solo deja de serlo cuando hay alguna de las causas legítimas fijadas por las leyes y de que despues hablarémos. La esposicion de estas causas puede ser hecha por el curador, y se llama escusa; y por el menor, sus parientes, amigos y cualesquiera del pueblo, y se llama causa para la remocion.

CONCORDANCIAS.

Las mismas clases que de tutela y curatela fijó la legislacion antigua, admite actualmente la legislacion moderna. En efecto: en el párrafo anterior vimos lo que sobre la tutela testamentaria disponen los códigos que allí citamos.

En los artículos 181 y 182 del Código español; 402 y 403 del francés; 365 del napolitano; 257 del sardo; y 282 del de la Luisiana, salvas ligeras diferencias, se dice que: la tutela legítima tiene lugar: "1º, cuando no ha sido nombrado tutor testamentario, ó el nombrado

Digitized by Google

murió en vida del que le nombró; 2º, cuando ejecutoriado el divorcio de los cónyuges, deban quedar los hijos en poder del no culpable de aquellos, ó del que se nombrare si ambos fueren culpables, quedando en todos casos en poder de la madre los hijos menores de tres años hasta cumplidos éstos; y 3º, cuando, habiendo muerto el cónyuge inocente, no pueden sin embargo volver los hijos á poder del culpable. Esta tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor por el órden siguiente: 1º, abuelo paterno; 2º, materno; 3º, abuela paterna; 4º, materna; una y otra miéntras permanezcan viudas; 5º, hermanos varones, siendo preferidos los que lo sean por ambos lados, y entre éstos el de mayor edad."

En cuanto á la tutela dativa, dispone el art. 183 del Código español, que: "el tutor dativo se nombre por el consejo de familia." Por los arts. 282 del Código de la Luisiana; 405 del francés; 260 del sardo; 226 del napolitano; y 184 del español, se declara tener lugar la tutela dativa: 1.º, cuando por cualquiera causa cesa el tutor testamentario, despues de la muerte del que le nombró; y 2.º, en los casos en que debiendo tener lugar la tutela legítima, faltan todas las personas llamadas á ejercerla.

En todos estos casos de tutela, segun los códigos que luego citarémos, debe nombrarse un pro-tutor ya por el consejo de familia ó ya por el juez, siempre que no haya sido nombrado por el padre ó por la madre. Artículos 420 del Código francés; 278 del sardo; 185 del español; 300 del de la Luisiana; 223 del de Vaud; y 422 del holandés.

El nombramiento de pro-tutor por el consejo de familia, debe hacerse en la misma sesion en que se nombre el tutor, segun los artículos 424 del Código holandés; 344 del napolitano; 186 del español; 281 del sardo; y 422 del francés.

Ni el tutor testamentario ni el legítimo pueden empezar á ejercer sus cargos, sin hacer que antes se convoque el consejo de familia para el reconocimiento de su cargo y nombramiento de pro-tutor; dicen los artículos 421 y 423 del Codigo francés, 423 del holandés, 187 del español, 343 y 345 del napolitano y 280 y 283 del sardo.

Digitized by Google

Por los arts. 420 del Código francés; 346 del napolitano; 278 del sardo; 303 del de la Luisiana; 138 del español; y 431 del holandés, se imponen al pro-tutor las cuatro siguientes obligaciones: 1ª, sustentar en juicio y fuera de él los derechos del menor, siempre que estén en oposicion con los del tutor; 2ª, vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del consejo de familia ó del juez, cuanto crea que pueda ser dañoso á la educacion é intereses del huérfano; 3ª, promover la reunion del consejo de familia para el nombramiento de otro tutor, siempre que la tutela quede vacante ó fuere abandonada; y 4ª, ejercer las demas obligaciones que especialmente le señala la ley al hablar de la tutela en general.

Por lo que ve á la curatela tambien la admiten los códigos modernos, pero no como nuestra antigua legislacion, para los hombres mayores de catorce años y mujeres mayores de doce y menores de veinticinco; sino que solo establecen dicha curatela para los mayores de edad, pero que sean locos ó dementes, aunque tengan lúcidos intervalos, para los sordo-mudos que no saben leer ni escribir, para los pródigos y para los que están sufriendo interdiccion civil. Así lo vemos dispuesto en los artículos 489 del Código francés; 487 y 500 del holandés; 278 y 279 del español; 412 del napolitano; 269, 270 y 275 del austriaco; 368 y 369 del sardo; 287 y 288 del de Vaud; 35 núm. 4 lib. 1 del bávaro; y 382 y 413 del de la Luisiana.

Por los arts. 506 del Código francés; 429 y 430 del napolitano; 388 y 389 del sardo; 292 del español; 399 y 400 del de la Luisiana; y 504 y 505 del holandés, el marido es curador legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido, fuera del caso de prodigalidad, en la forma y términos que acuerde el consejo de familia, contra los que podrá la mujer recurrir á los tribunales. Por el art. 293 del español, los hijos varones mayores de edad, son curadores de su padre ó madre viudos; y el padre ó la madre, en su caso, lo son de sus hijos legítimos, solteros ó viudos que no tengan hijos capaces de ejercer la curatela. Salvas estas escepciones, por el art. 294 del español, el padre ó la madre pueden nombrar curador por testamento

Digitized by Google

á sus hijos mayores de edad, locos, dementes ó sordo-mudos. El curador de una persona que tenga hijos menores de edad, será tambien tutor de éstos; y el curador adjunto hará las veces de protutor, dicen los artículos 507 del holandés y 296 del español.

PUNTO III.

¿Quiénes pueden ser tutores y curadores?

En esta, como casi en todas las materias de nuestro derecho, lo positivo se infiere ó sabe, despues de conocido lo negativo ó prohibitivo. Así es que, debemos primero fijar quiénes no pueden ser tutores ó curadores; y en vista de ello comprenderémos quiénes lo pueden ser.

No pueden ser tutores ni curadores los siguientes: el menor de veinticinco años, porque él es quien primero lo necesita. El mudo, el loco, el ciego, el fátuo y el pródigo ó disipador declarado por el juez, pues todos éstos tambien necesitan el curador. El deudor ó acreedor del menor, á ménos que lo nombre el padre ó testador ó sea la deuda ó crédito de poca monta, ó bien si fuere curador la madre ó abuela: no damos, porque es muy obvia la razon de estas prohibiciones. Los administradores de rentas nacionales, miéntras no estén libres de las responsabilidades de su administracion, porque de otra manera se perjudicarian los derechos del huérfano ó los de la hacienda pública, cuando no ambos. El soldado, miéntras se halle empleado en el servicio de las armas, porque éste es preferente al del menor, y aun cuando no lo fuera, son incompatibles; pues que el uno es de reposo, calma y meditacion, y el otro de agitacion, zozobras y movimiento. El enfermo; pues solo puede atender á sus sufrimientos ya para procurar quitárselos á fin de evitar sus molestias y dolores, y ya porque es primero el amor á sí mismo que el á los demas, como lo demuestra, entre otras cosas, el que el amor á los demas tiene por regla el que nos tenemos y no vice versa. Los

Digitized by Google

obispos, monges, religiosos profesos y clérigos seglares, aunque á éstos se permite serlo de sus parientes, debiendo ocurrir ante el juez competente á aceptar el cargo dentro de cuatro meses, contados desde el dia en que sepa su nombramiento. El excomulgado, por el pernicioso ejemplo que daria al menor; al ménos así debe presumirse. El que hubiere mudado absolutamente de condicion, haciéndose demasiado indigente; pues por tal de probar fortuna ó aliviar sus miserias podria despilfarrar los bienes del menor. El fiador del pupilo, por razones semejantes á las del acreedor. Todo por las leyes 4, 9 y 14 tít. 16, 2 tít. 17 de la Part. 6ª y Auténtica matri &c. tít. 35 lib. 5 del Cod. Los que no tienen estas prohibiciones, pueden ser tutores y curadores.

La madre puede continuar con la tutela de sus hijos, aun contrayendo nuevas nupcias, en los términos que dirémos en el párrafo 4 del cap. 7 de ésta parte.

Hoy, supuesto el artículo 5.º de la ley de tolerancia de cultos, espedida en Veracruz á 4 de Diciembre de 1860, puede ser tutor ó curador el excomulgado.

CONCORDANCIAS.

En las concordancias al párrafo anterior vimos quiénes pueden ser tutores y curadores conforme á los códigos allí mencionados; pero solo hablamos de la tutela y curatela respecto de los parientes legítimos. Ahora hablarémos de la tutela de los hijos naturales y de las personas que no pueden ser tutores ni curadores.

Por los artículos del 442 al 445 del código francés; del 365 al 368 del napolitano; del 302 al 305 del sardo; 322 y 332 de la Luisiana; del 240 al 244 del de Vaud; 182 y 202 del español; los 436 y 437 del holandés; y el 302 sardo, no pueden ser tutores ni curadores: primero. las mujeres á escepcion de las abuelas del menor que sean viudas: segundo, los menores de edad: tercero, los mayores de ella que se encuentran bajo curaduría: cuarto, los que hayan sido removidos de otra tutela anterior por sospechosos: quinto, los que

Digitized by Google

por sentencia hayan sido condenados en alguna pena que lleve consigo la privacion ó inhabilitacion de éste cargo: sesto; los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de mala vida: sétimo, los que, al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil ó considerable porcion de sus bienes: octavo, los deudores del menor en cantidad considerable: noveno, los parientes del menor que teniendo obligacion de poner en noticia del alcalde el caso de orfandad ó la vacante de la tutela no lo hicieren por negligencia: y décimo, los jueces ordinarios de tribunales no colegiados, cuando el menor ó sus bienes están en el territorio á que alcance su jurisdiccion.

Como se vé, estos códigos no admiten la tutela de la madre; y, ¡cosa inesplicable! sí admiten la de la abuela y aun la de la bisabuela como lo hace el francés en su art. 403 y el español en los del 164 al 169.

Por lo que hace á la tutela de los hijos naturales, los artículos 274, 279 y 296 del código de la Luisiana; los 408, 420 y 421 del holandés; y del 267 al 271 del español, únicos de los modernos que tratan esta materia, disponen: que, la tutela de los hijos naturales, se rija por las reglas que las de los legítimos, salvas las escepciones de que luego harémos mencion.

Un consejo de tutela ejercerá, en este caso, las funciones que corresponden al de familia, y se compondrá del alcalde del domicilio del menor y de cuatro vecinos, que aquel nombrara entre los amigos, sean ó no parientes del padre ó madre que haya reconocido al hijo.

El padre ó madre que haya reconocido un hijo natural, puede nombrarle tutor en testamento; y este nombramiento subsistirá despues de la muerte del que lo hizo, aunque posteriormente sea reconocido por el otro.

La tutela legítima no tiene lugar, respecto de los hijos naturales, sino que, á falta de tutor testamentario, lo nombrará el consejo de tutela.

Los gefes de las casas de espósitos son los tutores de los hijos naturales recogidos y educados en ellas.

Digitized by Google

PUNTO IV.

¿Puede alguno, y por qué, dejar de ser tutor ó curador?

Hay dos causas, á que llaman escusas, para no admitir la tutela ó curatela: una que clasifican de necesaria, y otra de voluntaria. Las causas necesarias comprenden á los tutores y curadores que tengan los impedimentos de que hablamos en el párrafo anterior. Las causas voluntarias se admiten en juicio, por una de estas tres razones: por privilegio; por impotencia y por honestidad. Por privilegio pueden escusarse ó dejar de ser tutores y curadores, los recien casados durante los cuatro primeros años de matrimonio; los que han tenido cinco hijos varones &c. Por impotencia pueden escusarse: el que tiene tres tutelas, aunque bastará una si es complicada; el pobre que para subsistir necesita su trabajo personal; el mayor de setenta años; el enfermo habitual; el menor de edad &c. Por honestidad, el que tiene que demandar al huérfano por deuda, ó por todo ó parte de la herencia; el enemigo del padre ó del mismo pupilo, aunque esté reconciliado. Así lo dice la ley 2 tít. 17 de la Part. 6ª

CONCORDANCIAS.

Segun los códigos modernos, pueden escusarse de ser tutores y curadores: primero, los ministros de Estado. Segundo, los que individual ó colectivamente ejerzan en cualquiera de los ramos de la administracion pública, una autoridad que dependa inmediatamente del gobierno. Tercero, los militares en activo servicio, y los eclesiásticos que tengan cura de almas. Cuarto, los que tengan bajo su patria potestad cinco hijos legítimos. Quinto, los que fueren tan pobres, que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia. Sesto, los que por el mal estado habitual de su salud ó por no saber leer ni escribir, no pudieren prestar igual atencion. Sé-

Digitized by Google

timo, los que tengan sesenta años cumplidos. Y octavo, el que sea ya tutor, pro-tutor, ó curador de otra persona. Los escusados por alguna de estas causas, luego que cesare, podrán ser compelidos á encargarse de la tutela ó pro-tutela. Así lo disponen el Código francés en sus artículos 427, 432, 433, 435, 436 y 448; el holandés en sus artículos 433 y 434; el napolitano en los 354, 355, 356, 357, 358 y 361; el sardo en los 287, 288 y del 291 al 296; el de Vaud en los 225, 226, 228, 229, 230, 231 y 232: el de la Luisiana en los del 312 al 322; y el español en su art. 210.

Por los artículos 203 y 1832 del Código español y 243 y 244 del francés, se manda sean separados de la tutela: primero, el tutor que se ingiere en la administracion de ella, sin que se haya inscrito la hipoteca legal del menor, y el que comience á ejercer su cargo, sin hacer que ántes se convoque el consejo de familia para el reconocimiento del mismo cargo y el nombramiento de pro tutor: segundo, los que no formalicen el inventario en el término y forma establecidos por la ley, ó no lo hayan hecho con fidelidad: tercero, los que se condujeren mal en la tutela respecto de la persona, ó en la administracion de los bienes del menor; y cuarto, los inhábiles, desde que sobrevenga ó se averigüe su incapacidad.

PUNTO V.

¿Cuáles son los derechos y deberes de los tutores y curadores de los pupilos y púberes?

Los tutores y curadores, ántes de posesionarse del gobierno del pupilo y entrar en la administracion de sus bienes y aun ántes de discernírseles el cargo, deben jurar, ó protestar conforme al artículo 9 de la ley de 4 de Diciembre de 1860, relativa á tolerancia de cultos, y afianzar ante el juez y escribano, su buen manejo, el exacto cumplimiento de su cargo, el cuidado del huérfano y la buena administracion de sus intereses; ofreciendo y cumpliendo llevar cuenta y razon

Digitized by Google

de los gastos que hagan en su conservacion y reparo, en la educacion, alimentos y demás preludios para el establecimiento social del menor: cuenta que producirán cuando se les ordene, para en su vista cubrir lo que falte ó lo por que salieren responsables por los daños que hubieren causado al menor ó bienes que hubieren dejado de producirle: y para hacer efectivas tales responsabilidades ordena la ley 23 del tít. 13 de la Part. 6ª, que queden obligados á favor de los menores los bienes de los tutores ó curadores y los de sus fiadores "desdel dia que comenzaron a vsar del oficio de la guarda-da, fasta que les den cuenta e recabdo de las cosas que touie-ren dellos." Todos los tutores y curadores deben afianzar: y solo se esceptúan los testamentarios, ménos el de mala fama ó el que quiere por sí manejar los bienes del menor, siendo varios los contutores; y tanto mas deberán estar escentos de esta fianza, cuanto que suponemos son relevados de ella por el testador. Pero todos necesitan la confirmacion y discernimiento del cargo por el juez, para despues entrar á la administracion de los bienes del menor. De la fianza están absolutamente esceptuadas la madre y la abuela del menor, cuando de acuerdo con la naturaleza, la razon y la ley son tutoras y curadoras de sus hijos ó nietos. Pero tanto la madre como la abuela, en éste caso, necesitan asegurar que no contraerán segundas nupcias; y si lo hicieren, pierden la tutela y curat· la referidas, y en consecuencia la administracion de los bienes de los menores; y mientras los enteran al que fuere nombrado tutor ó curador, quedan afectos sus intereses propios y los de los maridos con quienes casaren, á las resultas de la administracion de la madre ó abuela vuelta á casar y por cuyo motivo dejó de ser tutora ó curadora de los menores. Para evitar, pues, el nuevo cónyuge, que sus bienes queden afectos á tal responsabilidad, debe cuidar de que ántes de casarse con la madre de los menores les haga entrega de sus bienes; y el nuevo tutor de tales menores se dé por recibido á su satisfaccion de estos bienes: siendo este descuido la causa por qué y con razon, quedan afectos los bienes del nuevo consorte a los hijos de la viuda con quien casa; pues se supone quizo favorecerla aun en esto. Mas

Digitized by Google

no sucedrá así si la madre, ántes de volverse á casar, hiciere lo que debe y puede, esto es, lo que referimos en el párrafo 4º del capítulo 7º de esta parte.

Tanto los tutores como los curadores tienen tambien por obligacion, conforme á la ley 6 tít. 9 par. 1º lib. 5 del Código, y á la 15 del tít. 16 de la Part. 6ª, hacer inventario solemne, formal y específico, ante escribano público y testigos, de todos los muebles, raices, derechos y acciones correspondientes al menor, y á este inventario deben preceder el juramento ó protesta que deben prestar ó hacer ante el juez, de desempeñar bien su comision, fianza de su buen manejo en el desempeño de su encargo y administracion, y el discernimiento del cargo. Por la ley de tolerancia de cultos se manda no prestar juramento para nada, así es que solo debe el tutor protestar de cumplir con sus deberes; y en cuanto á la madre y la abuela, tutoras, solo tienen las obligaciones que ántes mencionamos, y la de hacer inventarios.

Es tan necesaria la obligacion de inventariar que tienen los tutores y curadores, que aun cuando el testador los releve de ella, la ley, la razon y la prudencia les exige lo hagan, porque de otra manera quedaria facilmente eludida la accion de tutela con la vaguedad de os fundamentos de la responsabilidad en cuanto al número, peso y medida, valor y demas de los bienes recibidos y administrados, ignorándose cuáles, cuantos y de qué clase habian sido. Este inventario tiene tal fuerza legal y probatoria, que no admite escepcion ni contradiccion, aun cuando el tutor ó curador ponga mas de lo que tenia el menor y ofrezca probarlo al rendir su cuenta de tutela y curatela. Y á fin de evitar abusos, pretestos, ocultaciones y demas, la práctica general es que antes de recibirse de la tutela ó curatela, se forma el inventario: con él se le entregan los bienes; y se dá por recibido de ellos en la escritura respectiva de compromiso que otorga para asegurar el fiel desempeño de sus deberes y la exacta y buena administracion de los bienes del menor.

En caso de que los tutores ó curadores no hubieren hecho el inventario con la rectitud, probidad y puntualidad debidas, y hubie-

Digitized by Google

ren dejado de incluir, sin justa causa, algunos bienes ó créditos pertenecientes á los menores, serán responsables de los menoscabos sufridos en dichos bienes, aún cuando el inventario lo hayan formado en tiempo hábil; pero debe probárseles la falta de tales apuntes; y cuando no haya otro medio de prueba, bastará el juramento que haga el interesado, siendo capaz de jurar y conocer el valor del juramento. Todo segun las leyes 99 y 120 tít. 18 de la Partida 3ª, y 2 tít. 7 lib. 3 del Fuero Real. Supuesta la ley de tolerancia ántes citada, debe y basta ofrecer ó protestar obrar bien.

Mas si por solo descuido, y no por imposibilidad ni otra justa causa probada, omitieren los tutores y curadores la formacion del inventario, deben satisfacer á los menores el daño, menoscabo ó pérdida que se les haya irrogado: de consiguiente, si algunos animales perecieron ú otros bienes se deterioraron durante su omision dolosa, estarán obligados al resarcimiento, no solo cuando de no haber hecho el inventario en debido tiempo, resultare la falta de constancia sobre los motivos de pérdida ó deterioro de algunos bienes, sino tambien en caso contrario, cuando con la falta del inventario se impidió saber el aumento de ellos, porque aunque el deudor de especie cierta se exime y liberta de su entrega ó solucion, si perece, no obstante, siendo moroso, debe satisfacer el precio de ella.

Los tutores y curadores no pueden vender, enagenar, gravar, hipotecar &c., los bienes del menor sin que preceda licencia del Juez, y debiendo la venta hacerse en pública subasta, segun la ley 6ª tít. 18 de la Part. 3ª, y no á favor del tutor ó curador, tácita ni espresamente, pena de nulidad de la venta y del cuatro tanto de su valor para el fisco, dice la ley 1ª tít. 12 lib. 10 de la Nov. que es la 23 tit. 11 lib. 5º de la R. El juez no puede dar tal licencia, sino cuándo por la prévia informacion de abogados se le justifique la necesidad y la utilidad de la venta, enagenacion, gravámen, hipoteca, empeño &c. Lo mismo opinamos debe hacerse cuando se trata de libertar los bienes del menor, á pretesto de hacerlo con ménos exhibiciones, por el descuento de réditos ú otras cantidades de la suerte principal, pues no es justo que por la conducta del tutor ó curador, resul-

Digitized by Google

te cometido un delito de usura ú otro alguno que perjudique de cualquier modo al menor ó á sus intereses, y esto sucederá hoy muy especialmente, supuesto que por la ley de 15 de Marzo de 1861, cuyo primer artículo deroga las leyes prohibitivas del mútuo usurario, podria robarse al menor con la mayor impunidad concebible. Igual cosa decimos si se trata de ceder créditos, derechos ó acciones, ó de comprar los unos y las otras; pues en todos casos pueden resultar delitos que no comprendan los menores, ó que deban prohibirseles, y que debieron evitar los tutores y curadores.

La pública subasta de que acabamos de hablar, no es requisito indispensable en aquellos lugares en que, como en esta ciudad, hay costumbre legítima introducida contra la ley, para que los jueces concedan licencia de vender bienes de menores en almoneda ó fuera de ella segun lo juzgaren conveniente.

Solo por via de método hemos tocado esta materia, pues nuestro principal objeto es la de testamentos, y nada mas bajo este aspecto deberiamos haberla tratado. Por lo mismo, para concluir nuestras indicaciones sobre ella, y no separarnos mas de nuestro plan, diremos que los tutores y curadores, tienen derecho á que se les recompensen sus afanes y trabajos; primero, porque nadie mas que el que trabaja tiene derecho de privarse de los frutos de sus trabajos, ó sea del ejercicio de sus facultades productoras; y segundo, porque por lo mismo á nadie debe obligarse á desempeñar tales cargos sin recompensa; y por esto las leyes han concedido á estas personas la décima de los frutos, segun algunos, y de los bienes segun otros, de los pupilos ó menores; y deben tener derechos porque tienen obligaciones y responsabilidades, y derecho y obligacion son correlativos; y ademas, porque necesitan estímulos proporcionados á unas y otros. Tanto para el cobro de estos derechos como para el de los gastos hechos en favor del menor ó de sus intereses, por el tutor ó curador, tiene éste la accion contraria de tutela, dice Villadiego en el número 81 del cap. 8º de su Instruccion política, fundándose en disposiciones romanas que cita.

Respecto de los menores diremos: que tienen contra sus tutores y

Digitized by Google

curadores la accion llamada de *tutela*, de cuya esplicacion no nos ocupamos como podriamos hacerlo, por impedirnoslo el carácter de esta obra. Solo diremos que se consulte sobre esta materia, el Villadiego en el lugar citado, Carpio en su tratado de *execut. testam.* Ayora en su incomparable obra de *partitionibus*, Maranta en su estudio de acciones y Minsingerio en sus Centurias.

CONCORDANCIAS.

Los derechos y deberes de los tutores y curadores, los encontramos bien marcados en el Código español cuyos artículos literalmente trascribiremos poniendo despues de cada uno de ellos, los concordantes de los demas códigos estranjeros que hemos tenido á la mano.

Por lo que hace á la administracion de tutela, dice el artículo 218, que: el tutor cuidará de la persona del menor, y la representará en todo acto civil. Lo mismo disponen los artículos 450 del francés, 373 del napolitano, 311 del sardo, 327 y 344 del de la Luisiana, 441 del holandés y 246 del de Vaud.

Segun el 219 español: el menor debe obediencia y respeto al tutor, y éste podrá corregirlo moderadamente. Conforme con este artículo, están los 468 del francés, 442 del holandés, 313 y 314 del sardo, 391 del napolitano, 231 del prusiano y 217 del austriaco.

El menor debe ser alimentado y educado con arreglo á su clase y facultades, segun los artículos 220 del Código español, 454 del francés, 446 del holandés, 377 del napolitano, 343 del de la Luisiana y 328 del sardo.

Cuando el tutor entra en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia fijará la cantidad que ha de invertirse en los alimentos y educacion del menor, sin perjuicio de alterarla segun el aumento ó disminucion de su patrimonio y otras circunstancias.

Por iguales consideraciones podrá el consejo modificar el señalamiento que para este objeto hubieren hecho el padre ó la madre. Art. 221 español y los demas citados en el anterior.

Los arts. 301 del Código prusiano, 312 del sardo, 11 del bávaro y

Digitized by Google

222 del español, mandan al tutor, oir al consejo de familia sobre la carrera ú oficio que haya de darse al huérfano, cuando el padre ó la madre no se la hayan dado, y para variar la por éstos dada.

Si las rentas del menor no alcanzan á cubrir los gastos de sus alimentos y educacion, el consejo de familia decidirá si ha de ponérsele á oficio ó adoptarse otro medio para evitar la enagenacion de sus bienes.

Todo tutor, antes de entrar en el ejercicio de su cargo, asegurará con hipoteca, las resultas de su administracion. Art. 223 del Código español.

Por el 224, el tutor está obligado á formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto coustituya el patrimonio del menor en el término que el consejo de familia le asigne, y con intervencion del pro-tutor; ésta obligacion no podrá ser dispensada por nadie. Igual cosa, con diferencias muy pequeñas, dicen los artículos 451 del francés, 316 del sardo, 247 del de Vaud, 444 del holandés, 374 del napolitano y 329 del de la Luisiana.

El tutor está obligado á inscribir en el inventario el crédito que tuviere contra el menor; y si así no lo hiciere, sin embargo de ser requerido por el escribano que tiene obligacion de requerirlo, perderá su crédito; y si el escribano no lo requiere, incurrirá en la multa de 25 duros. Artículos 451 del Código francés y 225 del español.

Este en el 226, manda se inventarien, con la misma solemnidad, los bienes que el menor adquiera despues.

Segun los artículos 434 del Código de la Luisiana, 253 del de Vaud, 457 del francés, 331 y 374 del sardo, 451 del holandés y 229 del español; el consejo de familia no podrá autorizar al tutor para enagenar ó gravar los bienes inmuebles del menor, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, que el tutor hará constar debidamente.

Por el 230 del español, la autorizacion ha de recaer sobre fincas determinadas, y concederse en instrumento público, al que se unirán, originales, los papeles presentados por el tutor, para acreditar la necesidad ó utilidad.

Digitized by Google

Los artículos 332 del Código sardo, 458 del francés, 381 del napolitano y 231 del español, disponen que: obtenida la autorizacion del consejo de familia, acudirá el tutor al tribunal de primera instancia para su confirmacion oyéndose al ministerio fiscal; y que del auto confirmatorio ó denegatorio, no haya recurso alguno.

Los artículos 459 del francés, 382 del napolitano, 333 del sardo, 453 del holandés, 336 del de la Luisiana, y 232 del español, hacen mas todavía en favor de los intereses del menor, pues ordena que: cuando el tribunal confirme la autorizacion del consejo de familia, se proceda á la venta de los bienes inmuebles, en subasta pública y judicial.

El tutor no puede comprar por sí, ni por persona interpuesta la finca subastada, sin obtener autorizacion del tribunal, que resolverá sobre ella, oyendo al consejo de familia. Artículos 236 del Código español; 450 del francés; 373 del napolitano; 311 del sardo; 327 del de la Luisiana; 246 del de Vaud; y 457 del holandés.

Tambien necesita el tutor la autorizacion del consejo de familia, para retirar el capital de un menor, que le está produciendo interes, dice el artículo 239 del Código español.

Por el 242, el tutor no puede hacerse pago de sus créditos contra el menor sin la intervencion del pro-tutor, pena de nulidad.

El tutor no podrá hacer préstamos del dinero del menor, ni tomarlo en nombre de éste, sin prévia autorizacion del consejo de familia. Sin embargo, el prestamista podrá reclamar su pago en cuanto el menor se hubiere hecho mas rico. Artículos 243 del Código español; 457 del francés; 384 del napolitano; 331 del sardo; 451 del holandés; 348 del de la Luisiana; y 253 del de Vaud.

No puede el tutor admitir la herencia deferida al menor, sino con beneficio de inventario. Para admitir ó desechar legados ó donaciones á nombre del menor, y repudiar una herencia, necesita autorizacion del consejo de familia; y discordando ésta de aquel, el tutor acudirá al tribunal que fallará sin ulterior recurso, prévia audiencia fiscal y emplazamiento del consejo de familia. Artículos 461 del Código francés; 345 del de la Luisiana; 258 del de Vaud; 384 del

Digitized by Google

napolitano; 238 del sardo; 459 del holandés; y 244 del español.

Para transigir ó compromer en árbitros las cosas ó negocios del menor, necesita el tutor la autorizacion del consejo de familia; dicen los artículos 247 del español, 467 del francés, 390 del napolitano, 465 del holandés, 344 del sardo, y 262 del de Vaud.

El tutor tiene derecho á una retribucion sobre los bienes del menor, que podrá fijar el padre ó la madre en el testamento, y en su defecto el consejo de familia. Esta retribucion ni bajará del cuatro ni escederá del ocho por ciento de las rentas líquidas de los mismos menores. Artículos 253 del Código español; 342 del de la Luisiana; 211 del de Vaud; 469 del holandés; 15 tít. 1º del bávaro; 266 y 267 del austriaco; y 231 del prusiano.

Acabada la tutela, los tutores ó sus herederos deben dar cuenta pormenorizada y documentada de la administracion. Esta cuenta debe rendirse al menor, á su heredero ó á su representante, y ninguno de éstos puede eximir al tutor de darla. Artículos 255 y 260 del Código español; 469 y 471 del francés; 264 y 365 del de Vaud; 392 del napolitano; 467 del holandés; 350 del de la Luisiana; y 861 del prusiano.

PUNTO VI.

¿Cuándo, cómo y por qué terminan la tutela y curatela?

Acaban la tutela y curatela por una de las causas siguientes: 1ª, porque el menor cumpla doce años siendo mujer y catorce siendo hombre, concluye la tutela; y teniendo veinticinco años el menor, sea hombre ó mujer, finaliza la curatela: salvo en materia de matrimonio, para cuya celebracion no necesitan la autorizacion del curador sino hasta los veinte años la mujer y veintiuno el hombre; y lo mismo dispone el artículo 6º de la ley de 23 de Junio de 1859, promulgada en esta capital el dia 28 de Diciembre de 1860, relativa á matrimonios civiles: 2ª, por destierro, muerte ó cautiverio del tutor ó curador, del menor ó del pupilo: 3ª, por el prohijamiento del

Digitized by Google

menor, pues entónces quien le prohija ejerce la patria potestad encomendada ántes al tutor; salvo el caso de que lo fueren la madre ó la abuela, pues éstas la conservan por la naturaleza: 4ª, cuando se cumple ó realiza la condicion, ó desaparece la causa de la tutela y curatela, pues quitada la causa cesan sus efectos y terminan las facultades de aquellos: 5ª, cuando se usa y prueba cualquiera de las causas legítimas que dejamos mencionadas en los puntos anteriores, pues entónces no hay tutor, porque no aceptó ó no pudo aceptar y con razon: 6ª y última, por remocion del tutor ó curador como sospechoso ó de mala fé, pues en este caso léjos de poder ser tutor ó curador necesita se lo nombren, y así en lugar de servir estorba y perjudica al menor.

Mas ¿cuándo debe tenerse por sospechoso al tutor ó curador? ¿quiénes y ante qué juez pueden ó deben acusar de sospechosos á los tutores y curadores? Las leyes 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 9ª del tít. 18 de la Part. 6ª, marcan las causas porque debe tenerse como sospechoso el tutor ó curador, é imponen la obligacion de denunciar, acusar y probar sus acusaciones hechas á las personas que luego dirémos.

Las causas, cuya existencia hace tener por sospechosos á los tutores ó curadores, son nueve: 1ª, haber disipado á otro menor, al ser su tutor ó curador, sus intereses: 2ª, haberse descubierto despues de estar desempeñando su cargo ó de haberlo aceptado, ser enemigo del menor ó de sus parientes: 3ª, haber dicho ante el juez que no tiene con que mantener al menor y justificársele lo contrario: 4ª, no hacer inventario, pudiendo, de los bienes del menor: 5ª, no defender al menor en juicio ó fuera de él: 6ª, ocultarse y no quererse presentar sabido su mombramiento: 7ª, no hacer el uso conveniente de los bienes del menor, para proporcionarle la subsistencia, educacion y establecimiento: 8ª, vender, gravar, hipotecar, &c., los bienes del menor sin prévia autorizacion judicial: y 9ª, privar al menor, inconsideradamente, de alguna herencia, renunciándola á nombre suyo, ó aceptándola sin el beneficio de inventario ó sin el tiempo de eleccion.

La obligacion de acusar de sospechoso al tutor ó curador, y de

Digitized by Google

probar la causa de sospecha, la imponen las referidas leyes á la madre, abuela, hermanos y nodrizas del menor, y en su defecto á todo ciudadano y aun á las mujeres, con tal que todos sean púberes y estén en el goce de los derechos sociales; y no habiendo quien lo haga, deben los jueces proceder de oficio siempre que sea notoria la causa. En todo caso lo llevarán á efecto tomando cuentas al sospechoso, y para esto, al enjuiciarlo, nombrará el mismo juez otro tutor ó curador interino. Si del juicio resulta probada la causa de sospecha, no solo le destituirá del cargo, sino que le obligará á resarcir al menor los perjuicios que le haya causado con su conducta y por su administracion.

Segun las mencionadas leyes, es juez competente para lo espuesto, el del lugar en que están los bienes ó su mayor parte, y el del domicilio del menor.

Las repetidas leyes mandan que, los parientes del menor que, sabedores de que el tutor ó curador debe ser acusado de sospechoso, no lo hacen, ademas de perder el derecho que tengan ó puedan tener á heredarle, queden responsables por los perjuicios que se siguieren causando al menor por el curador ó tutor.

Hé aquí el cómo, cuándo y por qué termina la tutela y curatela.

CONCORDANCIAS.

Se estingue la tutela, segun el art. 254 del Código español, primero: por la muerte del tutor, su separacion, ó escusa superveniente declarada legítima; y segundo: por la muerte, emancipacion, adopcion, mayoría de edad y casamiento del menor, salvo en este último caso, lo dispuesto para con los que no hubieren cumplido diez y ocho años. Todos los códigos que hemos tenido á la vista, están conformes con el español; pero solo éste y el prusiano tratan especialmente de la materia, pues los demas lo hacen al ocuparse de distintos puntos como el de la interdiccion civil.

Digitized by Google

PARRAFO II.

¿Cuáles son los otros derechos póstumos de los padres concedidos por la ley civil?

Ademas de los de nombrar tutores y curadores, que hemos visto en el párrafo anterior, tienen los padres, segun el derecho civil, la facultad de sustituir ó nombrar sustitutos á sus hijos. Desde luego ocurre saber ¿qué es sustitucion? ¿cuántas son sus especies y cuáles? ¿quién puede hacerlas? ¿quiénes pueden ser sustituidos y por quiénes? ¿dónde deben hacerse las sustituciones? ¿pueden imponerse condiciones al sustituto como al heredero? ¿las impuestas á éste pasan á aquel? Trataremos estas materias en los puntos siguientes.

PUNTO I.

¿Qué es sustitucion, cuál su orígen y cuál su objeto?

El prólogo y la ley 1ª tít. 5º de la Part. 6ª, dicen que: sustitucion es "el nombramiento de otro heredero para que á falta del primer nombrado, éntre á percibir la herencia del testador." Escriche, Febrero y Romero Gil, con otros muchos, definen la sustitucion diciendo que es: "una institucion condicional, puesta subsidiariamente despues de la institucion principal y con el objeto de que ésta sea siempre cierta ó segura."

El orígen de la sustitucion es el derecho romano, por cuyas disposiciones caducaba ó se anulaba el testamento cuando por cualquier motivo faltaba el heredero; para evitar lo que, los testadores facultados por la ley, nombraban sustitutos á los herederos que instituian. Este es el orígen, la razon de su existencia y el objeto de la introduccion de las sustituciones en el derecho romano, segun Vinnio,

Digitized by Google

Escriche, Febrero, Murillo, Carpio, Heineccio, Gómez y otros muchos autores. Esta es la verdad, así como lo es que nuestro antiguo Derecho hizo lo mismo porque se formó, casi en todo lo relativo á herencias, de la simple traduccion del romano. Mas supuestas las leyes 1ª tít. 18 del lib. 10 de la Nov. R., que es la 1 tít. 4 lib. 5 de la R., y 2 tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá; y 1 tít. 20 lib. 10 de la Nov., que es la 1 tít. 8 lib. 5 de la R. y 6 de Toro, ha cesado la causa, el objeto y el fin de las sustituciones; y por lo mismo creemos no deben ya hacerse, porque nada existe sin motivo, sin causa y sin objeto. Tambien opinamos así por las razones que espondrémos en los puntos siguientes.

PUNTO II.

¿Cuántas y cuáles son las especies que hay de sustituciones?

En general dos son las clases de sustituciones; directas y oblicuas. La directa es aquella que se hace con palabras directas, en cuyo caso el heredero sustituto percibirá la herencia por sí, sin intervencion de ninguna persona. Y la oblicua, la que se hace con palabras indirectas ó no terminantes; y en ésta el sustituto percibe la herencia por medio de un tercero. Tanto la directa como la oblicua se dividen en las seis especies siguientes: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevílocua ó recíproca, y fideicomisaria. Recorrámoslas.

Sustitucion vulgar. Esta es una institucion condicional para el caso en que los primeros sustituidos no sean herederos por cualquiera causa, razon ó motivo. De esta sustitucion se puede usar cuantas veces se quiera, ya nombrando muchos á uno, ya uno á muchos, uno á otro, ó éste á aquel, y unos á uno, ó éste á aquellos: y esto recíproca ó aisladamente; y si fuere recíproca, los herederos acrecerán la parte de los que dejaren de serlo, no por el derecho de acrecer, sino por la naturaleza de las sustituciones.

Digitized by Google

Esta sustitucion se hace de una de dos maneras: tácita ó espresamente. Esta es la que designa al sustituto, de un modo terminante; y la tácita la en que se nombran á varios, para que herede el que sobreviva al testador: si fueren todos los nombrados, se repartirán la herencia por partes iguales; y si uno solo, él la percibirá toda, segun la ley 2ª tít. 5º de la Part. 6ª

Si el testador instituye varios herederos en desiguales partes, y alguno de éstos muere ó no admite la herencia, la habrán los demas en proporcion á la cuota que á cada uno se hubiere fijado ó designado por el testador: y es la razon, que "en tal establescimiento como este se entiende calladamente, que si el vno es muerto, o si fuere biuo, e non quisiere la herencia, el otro entrara en su lugar, e la deue auer toda;" dice la ley 2 del tít. 5 de la Part. 6ª citada. Lo mismo dispone la ley 3 del título y Partida relacionada, en estos términos: "Si algun testador establesciesse tres omes por sus herederos; al vno en seys onzas, e al otro en quatro, e el otro en dos; en tal manera, que si alguno dellos muriesse ante que entrasse la heredad, o non la quisiesse, que los otros heredassen en lugar del; estonce dezimos, que si algun dellos non quisiesse ser heredero, o se muriesse ante que tomasse su parte de la herencia, estos dos que fincassen biuos, deue cada vno dellos heredar los bienes del señor, que les fizo sus herederos, e la parte del otro, segund la quantia en que el testador los establescio primeramente por sus herederos."

En el caso de que á un instituido se hubiere nombrado por el testador varios sustitutos por órden, debe guardarse la regla de que el sustituto del sustituto lo es del instituido, en el órden en que fué nombrado sustituto.

La sustitucion vulgar concluye por las mismas causas generales que hacen fenecer ó caducar toda institucion: y ademas, si falta la causa de su existencia ó la condicion bajo que se hizo, es decir, si el instituido llega á ser heredero; pues entónces conforme á la ley 4ª del título y Partida citada, trasmite á sus herederos los derechos adquiridos por la adicion.

Sustitucion pupilar. Esta es la que hace el padre á sus hijos im-

Digitized by Google

púberes que están bajo su patria potestad, para el caso de que mueran dentro de la pubertad; ó como dice Febrero, el "testamento del hijo, hecho por el padre accesoriamente al suyo." De esta falsa nocion se pretende inferir que el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad; la causa de ella, la poca edad del hijo; y que cuando se sustituye, hay dos testamentos en cuanto á la institucion, y no en lo demas; mas á su tiempo espondrémos los motivos porque creemos no deben admitirse tales sustituciones.

Aun cuando demos por ciertas tales doctrinas, por lo mismo se infiere de la primera de estas cosas, que conforme al derecho civil, aunque en contra del natural, la madre no puede dar sustituto á su hijo impúber, puesto que ella no tiene patria potestad, segun la ley 2ª tít. 17 de la Part. 4ª Se infiere tambien que ni el padre puede sustituir á su hijo emancipado ni á su hijo natural, porque sobre éste no ha tenido patria potestad reconocida, y deja de tenerla en ejercicio en el emancipado. Igualmente se infiere: que como el abuelo, segun la ley 3 tít. 5 del libro 10 de la Nov. R., no tiene patria potestad en el nieto, no puede nombrarle sustituto pupilar. De la misma manera se deduce de lo espuesto, que como la desheredacion no incluye, y sí prueba la patria potestad, el padre desheredante sí puede nombrar sustituto á su hijo desheredado, ya para que le entregue la herencia en caso de no deberlo haber sido, y ya para que en su lugar, la perciba otro, si debiere llevarse adelante la desheredacion. Ley 6ª título y Partida citada. Por último se deduce de lo espuesto, que como la razon de esta sustitucion es la pequeña edad del hijo, termina cuando éste llega á la pubertad, cuando el hijo muere ántes que el padre y cuando se emancipa durante la edad pupilar.

De la segunda se infiere: que no se puede sustituir al hijo, sino para el tiempo que le falte para cumplir la edad en que puede testar por sí, es decir, doce y catorce años respectivamente; pues en esta edad puede testar aun estando en el patrio poder, segun la ley 4ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. que es la 4ª tít. 4 lib. 5 de la R. y 5 de Toro.

Digitized by Google

De la tercera se colige: que el padre no puede hacer sustitucion, sin hacer testamento para disponer de sus cosas.

Segun Lopez, Murillo y Febrero, el sustituto recibe todos los bienes del hijo, por cualquiera línea que le vengan, aun cuando tenga madre, á quien escluye el sustituto: "porque esta sustitucion es parte del testamento del padre; que no tiene obligacion de dejar nada á la madre de su hijo." Conforme á la ley mexicana de 10 de Agosto de 1857 esto es absurdo. Segun Carpio, tambien lo es en caso de necesidad de la madre, cap. 1º de testamentar. 6; pero quieren que la sustitucion sea espresa, pues siendo tácita, incluida en la vulgar, no queda escluida la madre. Salm. tr. 14 c. 5 n. 115, citados por Murillo.

Ademas de los modos por los cuales acaba esta sustitucion, existe el de que se anule el testamento en que se halla.

Sustitucion ejemplar. Se da el nombre de ejemplar á esta sustitucion, porque se hace á imitacion de la pupilar; y es aquella que hacen los ascendientes con respecto á sus descendientes que tienen derecho de heredarlos y están imposibilitados de testar por locura, estupidez ú otro defecto semejante, para el caso de que mueran en este estado.

En esta sustitucion, conforme á la ley 11, tít. 5 de la Part. 6ª, debe observarse el órden siguiente: 1º, nombrar por sustitutos á los hijos del fátuo, loco ó desmemoriado, pues aunque los tenga puede ser sustituido ejemplarmente; 2º, á falta de hijos, á los nietos y demas descendientes por su órden y grado; 3º, en su defecto, á sus hermanos, con tal que sean de la línea del ascendiente; 4º y último, á los estraños. En el dia, segun la ley 6ª de Toro, que es la 1ª tít. 8 lib. 5 de la R. y 1ª tít. 20 lib. 10 de la Nov., los ascendientes ántes que los hermanos, y, con mas razon, que los estraños.

Los modos de acabar esta sustitucion, segun la ley 11 título y Partida citada, son los siguientes: 1º, cuando el sustituto recobra el juicio y memoria, y no vuelve á su locura ó fatuidad, porque si tal sucede no se estingue, pues no concluye la causa: 2º, cuando el que la hizo la revocó en testamento; 3º, cuando habiéndole nombre-

Digitized by Google

do de sustituto á cualquier pariente ó estraño conforme á la citada ley, le nace al fátuo ó desmemoriado un hijo ó hija, en cuyo caso éste debe ser el sustituto.

Sustitucion compendiosa. Es aquella que en breves palabras puede contener diversas sustituciones por la variedad del tiempo en que puede verificarse; y comprende á todos los herederos sustituidos y todos los bienes que deja el testador.

La ley 12 tít. 5 de la Part. 6ª, cita varios casos relativos á esta cuestion: uno de ellos es el de que, si el padre ó testador es caballero ó soldado, y el hijo muere dentro de la edad pupilar dejando madre, heredará el sustituto todos los bienes del pupilo, en virtud de la sustitucion pupilar compendiosa, y quedará escluida la madre. Sin embargo de esto, tal disposicion queda derogada por la ley 6ª de Toro, pues la madre es heredera forzosa del hijo, á falta de descendientes. Lo mismo sucede por la de 10 de Agosto de 1857.

Por las causas que las anteriores, termina esta sustitucion.

Sustitucion brevilocua ó recíproca. Llámase así, porque se hace brevemente ó con pocas palabras; y es una sustitucion directa en que son naturalmente sustituidos los instituidos en primer lugar. Cada sustituto llevará una parte proporcional á la que se hubiese designado á los instituidos; á ménos que otra cosa se colija de la voluntad del testador.

En esta sustitucion se comprenden cuatro: dos vulgares y dos pupilares; pues si alguno de ellos muere en la edad pupilar, ó en la de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro sustituido. Ley 13 tít. 5 de la Part. 6ª Pero cuando se hace entre estraños, es evidente que no puede comprenderse la pupilar.

Por el hecho de comprender esta sustitucion á las cuatro de que hemos hablado, tiene el mismo modo de concluir que cualesquiera de ellas.

Sustitucion fideicomisaria, que con propiedad debe llamarse *fiduciaria.* La que hace el testador rogando ó mandando al instituido que restituya ó entregue á otro la herencia.

Cuando el testador instituye á muchos é impone á uno el gravá-

Digitized by Google

men de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla éstos igualmente sino con relacion á las suyas. Ley 3ª tít. 5 Partida 6ª

Si el fiduciario muere ántes de entregar la herencia, trasmite á sus herederos el derecho que le competia, si la sustitucion es pura; mas no si fuere condicional. El fideicomisario, que es á quien se debe entregar la herencia, trasmite á sus herederos los derechos que adquiere desde el instante en que recibe la misma herencia; mas para que le sucedan en ellos, debe haber muerto despues de haber recibido la herencia.

CONCORDANCIAS.

Por el artículo 896 del Código francés, está proscrita la sustitucion, aunque en el fondo de las ideas del 898 queda admitida, así como por los Códigos sardo, austriaco y napolitano. El artículo 629 del Código español, dice: "La sustitucion de heredero en segundo ó ulterior grado, para el caso de que el nombrado en grado anterior, no quiera ó no pueda aceptar la herencia, es la única sustitucion reconocida por la ley."

PUNTO III.

¿Quiénes pueden hacer sustituciones, dar ó establecer sustitutos?

La sustitucion vulgar, conforme á la ley 13 tít. 5 de la Part. 6ª la "puede fazer qualquier del pueblo e a quien quisiere." De acuerdo con esta ley opinan: Cobarruvias, anot. por Ortega en el número 3 del párrafo 4º del cap. 16 in tit. testam.; Gomez, Fusar., Spino, Barbos., Gregor. Lopez de leg. glos. 2, Molina de Primogeni. lib. 1 cap. 6º n. 14 y cap. 5º n. 27; Pereida decis. 48 y 5ª Fusario n. 382; Gomez cap. 3 n. 9; Card. Luca trat. de fideicom. disc. 117 n. 4; Paz de Tenut. cap. 14 n. 6; Larrea decis. 61 n. 7; Ceballos, Cardoso, Mantica, Gutierrez, Menoch. y Escaño de testamentis.

La sustitucion pupilar, como que está basada en la patria potestad,

Digitized by Google

solo puede hacerse por quien tenga ésta; así lo dice y dispone la ley 5ª tít. 5 de la Part. 6ª; y fundados en ella, opinan de esta manera los autores que acabamos de mencionar, como puede verse en los lugares citados.

La sustitucion ejemplar, como que tiene por fundamento á la pupilar, que ademas la sirve de regla, conforme á la ley 11 tít. 5 de la Part. 6ª y especialmente á las doctrinas de los autores mencionados, solo puede darla quien tenga patria potestad. Esta, respecto de los hijos naturales, es reconocida por nuestro derecho en la madre que "es cierta e segura del fijo que nasce della," y por lo mismo somos de sentir, que, como dicen Gregorio Lopez, Castro y otros, la madre puede sustituir ó dar sustituto ejemplar á su hijo natural.

La sustitucion compendiosa por el hecho de abrazar á las demas y estar dos de éstas, la pupilar y la ejemplar, fundadas en la patria potestad, solo puede hacerla ó darla, quien tenga patria potestad.

La brevilocua puede hacerla todo el que puede testar. Lo mismo la fideicomisaria y la fiduciaria; mas éstas tienen una escepcion, á saber, cuando se trata de ascendientes y descendientes quienes no pueden dejar de instituirse herederos recíprocos ó forzosos, en sus casos respectivos.

CONCORDANCIAS.

"Todo testador puede sustituir en los términos de que habla el art. 629," citado en el párrafo anterior; dice el 639 del código español; y con éste, en sustancia, están conformes el 898 del francés de que hicimos mérito en el precedente párrafo; el 938 del napolitano; el 876 del sardo; y el 604 del austriaco.

PUNTO IV.

¿Quiénes pueden ser sustituidos y por quiénes?

Vulgarmente puede sustituirse á todo el que puede ser instituido heredero; y el que es inhábil para esto, lo es para la sustitucion.

Digitized by Google

Pupilarmente puede solo ser sustituido el que estando sujeto á la patria potestad, está en la edad pupilar, por las razones espendidas y fundamentos espuestos en su respectivo lugar.

Ambos requisitos establecen una de las diferencias que hay entre la sustitucion vulgar y la pupilar.

Para poder ser sustituido pupilarmente, son indispensables las siguientes condiciones: 1ª, que el pupilo sea hijo legítimo del testador, ó prohijado por via de arrogacion; 2ª, que esté bajo su patria potestad; 3ª, que el pupilo sea impuber, es decir, menor de doce años siendo mujer, y de catorce si es varon; pues pasadas estas edades, son capaces para testar por sí mismos; 4ª, que sea legítimamente instituido heredero, ó legalmente desheredado; 5ª, que muerto el testador, el pupilo no vuelva á estar bajo la patria potestad como sucede cuando es arrogado; y 6ª, que de facto éntre á la herencia paterna, pues si el padre muere despues del pupilo, caduca la sustitucion. Así lo dispone la ley 14 tít. 5 de la Part. 6ª Debiendo advertir que, el prohijamiento por arrogacion de que habla la primera citada condicion, no funda derecho alguno, en nuestra actual legislacion, segun el art. 18 de la ley de 10 de Agosto de 1857.

Las demas clases de sustituciones pueden aplicarse á todos aquellos que pueden heredar.

Las personas que cuando el instituido es mejorado, deben ser las sustitutas, son las de que habla la ley 11 tít. 6 lib. 5 de la Recop., que es la 11 tít. 6 lib. 10 de la Nov. y 27 de Toro; esto es, los inmediatos sucesores del sustituido. Creemos que lo mismo debe suceder cuando el sustituido no es mejorado; pues si en materia de mejoras se acatan por la ley los derechos de los herederos, con mas razon deberá suceder tratándose del todo de la legítima del sustituido que, incuestionablemente pertenece á sus herederos.

CONCORDANCIAS.

Por los artículos 937 del Código napolitano; 875 del sardo; y 631 del español, pueden ser sustituidas dos ó mas personas á una sola; y al contrario, una sola á dos ó mas herederos.

Digitized by Google

El sustituto del sustituto, dice el art. 632 del Código español, se entiende serlo tambien del heredero de primer grado.

PUNTO V.

¿Dónde deben hacerse las sustituciones?

Como éstas siguen la razon directa de las instituciones, y éstas se hacen por la ley en testamento, ó poder para testar, y se aclaran en codicilos ó en las memorias testamentarias; las sustituciones deben hacerse en los mismos instrumentos y términos que las instituciones directas. Así opinan, entre multitud de respetabilísimos autores, Escaño, en su obra de *Testamentos y Cancerii Variae Resolutiones utriusque juris.*

PUNTO VI.

¿Pueden imponerse condiciones al sustituto como al heredero?

Si el sustituto es heredero legítimo del sustituido ó del testador, solo pueden imponérsele las condiciones que fijamos al hablar de esta materia en la segunda parte de esta obra, cuando estudiamos lo relativo á herederos. Pero siendo el sustituto estraño al sustituido y al testador, éste puede imponerle los gravámenes y condiciones que quiera, supuesto que de todas maneras es una gracia que le hace al dejarlo de heredero.

Sobre la materia de este punto nada hemos encontrado en los códigos estranjeros; pero creemos que como nuestra legislacion, admiten tales gravámenes, puesto que los admiten respecto de las herencias, en los términos y casos que vimos en su lugar.

Digitized by Google

PUNTO VII.

¿Las condiciones puestas á los herederos pasan á los sustitutos?

Por regla general, dice Febrero, "puede sentarse, que la condicion impuesta al heredero instituido no se estiende al sustituto, y en consecuencia no pasa á él. Mas esta regla tiene escepciones. Si la condicion causal fué impuesta restrictiva y personalmente al instituido, no se juzga la repetida condicion; y lo mismo sucederá si se impuso á cierto grado ó persona nombrada. Pero si dicha condicion fué puesta á todos los grados y personas nombradas, entónces se juzga repetida y pasará al sustituto."

"Si la condicion fuese potestativa coherente á la persona, no se presume repetida en el sustituto, como si dijese el testador: "instituyo por mi heredero á Juan, si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro." Pero se entenderá repetida, si no fuese coherente á la persona, como si dijese: "instituyo á Juan, si diese cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro." Finalmente, si la condicion ó gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustituidos, y se presumen repetidos en todos y en cada uno de ellos." Lo mismo sucederá cuando el sustituto lo sea aun en las mejoras dejadas al instituido; pues respecto de ambos tiene el testador la facultad de imponer gravámenes en materia de mejora, dice la ley 11 tít. 6 lib. 10 de la Nov. Recop. Mas, ¿qué sucede cuando de los muchos gravámenes, resulta que el sustituido ó en su caso el sustituto queda sin la herencia ó con una parte de ella pero tan insignificante que no le basta, no ya para disfrutar comodidades, pero ni siquiera para recompensarle su trabajo, fatigas y tiempo perdido, empleados en el arreglo de la herencia misma? ¿Queda así burlado en sus esperanzas, perdido su tiempo y sin recompensa el trabajo? No: en estos casos, las leyes conceden á éste, sacar una cuarta parte de

Digitized by Google

los bienes del testador ó de los frutos que percibió de la herencia, miéntras la tuvo en su poder, si equivalen á la cuarta; y caso contrario, debe completarla del cuerpo de la herencia. Esta cuarta tiene el nombre de trebeliánica, por haber sido concedida y reglamentada por el Senado-consulto Trebeliánico. Desde luego se nota que esta cuarta sigue y tiene por modelo á las instituciones de herederos. Mas como hemos visto en otra parte, está prohibida por el art. 18 de la ley de 10 de Agosto de 1857; y por lo mismo no tiene lugar entre nosotros, estando vigente esta ley; ni es necesaria porque por ésta se les conceden los derechos en ella fijados, y que estudiamos en su respectivo lugar.

PUNTO VIII.

¿Qué dice la razon y la naturaleza sobre sustituciones?

En los anteriores puntos espusimos las disposiciones legales sobre sustituciones y dimos las razones en que á nuestro ver se fundaron las leyes civiles para establecerlas y conceder hacerlas á tales y tales personas bajo estos y aquellos requisitos. Ahora vamos á examinar si son conformes al derecho natural: 1º, las sustituciones y en qué sentido; 2º, la pupilar y la ejemplar; y 3º, las razones generales que hay para que se quiten éstas y aquellas, si las primeras, ó en general, no se toman y usan como deben. Lo conseguirémos en las siguientes fracciones.

FRACCION I.

¿Las sustituciones en general son conformes al derecho natural?

Las sustituciones hereditarias de la Antigua Roma, han llegado á ser entre nosotros verdaderamente raras, pues ya no existen las razones que las hacian figurar en los testamentos; esto es, el deseo de

Digitized by Google

evitar y la manera legal de conseguirlo, la mancha que empañaba la memoria del intestado. Sucedia frecuentemente que los testadores dejaban las herencias tan sobrecargadas de gravámenes y deudas, que no hallando los herederos sustituidos ninguna utilidad ni ventaja en aceptarlas, las repudiaban con indiferencia y aun desprecio, derribando de este modo los principales puntos de los testamentos. Estas razones, y las espuestas al principio de este capítulo, fueron las que crearon las sustituciones, sus objetos, fines y maneras de hacerlas. De este modo se introdujo la sustitucion de un segundo, tercero ó mas herederos que entrasen á la herencia sucesivamente, segun que el primero, segundo ó ulteriores, dejasen de percibirla.

En otro lugar hemos probado la útil, legal necesidad de que se guarden todos los puntos de un testamento, aun cuando el heredero no acepte la herencia, ó no pueda entrar en ella, y tambien, que entre nosotros el hecho de morir intestado ó sin nombrar heredero, no incluye ni trae por consecuencia la degradante nota de ignominia ni otra alguna; y por lo mismo, parece que nuestra legislacion no debe, no ya permitir, pero ni tolerar las sustituciones.

No obstante lo dicho, como nos hemos propuesto examinar en todo caso si las disposiciones dadas traen ó no su orígen de la naturaleza misma ó de otras razones de congruencia, emanadas de las circunstancias á cuya vista y por cuyo influjo se hayan espedido; creemos que en la presente cuestion debemos hacer lo mismo que con las hasta aquí ventiladas. Con este objeto, desde luego sostenemos: que si la sustitucion se estiende á la facultad de disponer que cuando llegue á morir el heredero instituido le suceda otro, y en falleciendo éste, otro tal, resulta una inhabilidad completa para la enagenacion de estos bienes respecto de los herederos, ligando con semejante precepto á las generaciones futuras, que es el caso del odioso y repugnante mayorazgo que no existe entre nosotros y pugna con la naturaleza de las herencias. Pero si ella se limita á que no recibiendo el nombrado la herencia, legado ó donacion, por no poderlo hacer segun derecho, pase á otro, creemos que no hay inconveniente en esta disposicion, pues con ella no se hace mas que

Digitized by Google

asegurar al heredero, legatario ó donatario, su herencia, legado ó donacion, ó mas bien, no se hace mas que una institucion, legado ó donacion ya en el primer instituido, ó ya en los que éste habia de designar y no ha podido instituir por falta de capacidad, porque desde el momento en que el primer nombrado reciba la cosa, caducó la disposicion respecto del segundo, á no ser que éste sea su heredero forzoso, y que, al morir aquel le instituya, en cuyo caso no hay sustitucion. Ahora, con tal esplicacion juzgamos de fácil solucion los puntos indicados.

La regla que se establece sobre que la sustitucion debe considerarse como institucion hecha por el sustituido, es poco conforme con la verdad, pues ésta es, que la herencia ó legado no se recibe por disposicion del sustituido, sino del mismo testador, puesto que el sustituido no tiene en este caso mas intervencion que, á lo sumo, la de declarar que no acepta la herencia. Otro tanto puede decirse cuando la sustitucion se estendiese al caso de la muerte del primer nombrado. Por lo mismo parecerá ser inútil lo que tambien se dice de que solo podrá darse por via de sustitucion aquella cantidad de que puede disponer el sustituido; porque es claro que debe mirarse en esto á la capacidad del testador y no de otro. Al contrario, es del todo conforme con los principios asentados, que se conceda la facultad de sustituir para solo el caso de que el primer nombrado deje de recibir la herencia, legado ó donacion por no querer ó por no poder, pero no teniendo derecho anterior alguno, y por lo mismo no para el en que habiéndola recibido una vez, deje de tenerla de cualquiera manera que esto suceda ó aun no habiéndola percibido si tuviere derecho á ella, que es únicamente lo que conforme á la naturaleza, sentimientos y leyes de eterna justicia debe reprobarse.

Lo mismo decimos en cuanto al caso en que falta el efecto de la sustitucion por recibir ó aceptar la liberalidad.

La doctrina de que la sustitucion no tiene lugar cuando el sustituto muere ántes que el testador, tambien es justa y conforme con los principios generales ántes establecidos, pues la disposicion tes-

Digitized by Google

tamentaria no tiene efecto sino hasta despues de la muerte del testador; porque como dueño de su propiedad, puede variarla ántes de morir, y por esto, para no atacarle su libertad, su propiedad y dominio, lo que dispone no se ejecuta sino despues de su fallecimiento; y el agraciado no puede trasmitir á su heredero, lo que él mismo no llegó á adquirir de quien lo iba á ser. Lo dicho nos parece suficiente para fijar un tanto las ideas sobre esta materia, y para acabarlas de aclarar recorramos la

FRACCION II.

¿Las sustituciones pupilar y ejemplar son conformes á la naturaleza?

Sin embargo de los inconvenientes espuestos en la anterior fraccion, puede replicársenos: 1º, que estos males no se encuentran respecto de un niño, pues que le está vedada la trasmisibilidad de sus bienes durante su edad pupilar: 2º, que el nombramiento de tal heredero, evitará las tentaciones de sus parientes contra la vida del sustituido, puesto que quitándole de enmedio, lo cual les es muy fácil, consiguen su herencia entrando en ella por sucesion intestada: 3º, que evita tambien la intestacion.

Decimos á lo primero: que si bien es cierto que un niño no puede hacer testamento, y trasmitir en esta virtud sus bienes á otro, como vimos en el pár. 1º cap. 3º de la 2ª parte de esta obra, no lo es ménos que no pueda y no le sea conveniente, algunas veces, enagenarlos por acto entre vivos, como por venta, con intervencion de su tutor y segun las formalidades que para ello exigieren las leyes y aun por testamento si hubiere entrado á la pubertad, segun vimos en el citado párrafo. Por lo mismo, si por una parte no es prudente dar demasiada estension á estas enagenaciones, considerando los fraudes que pueda haber, por otra es claro, que quien mas necesidad puede tener para verificar aquellas, es un huérfano que se halla en una edad de gastar y no de ganar; y de ganar y no perder, supuesta la resti-

Digitized by Google

tucion otorgada en favor de la conservacion de los medios de existencia, educacion y establecimiento del pupilo mismo.

Al segundo argumento, contestamos: que si el mal que se quiere evitar, existe en tan alto grado como se pretende y supone, no se remedia, á la verdad, con la sustitucion; y bien por el contrario, se aproxima el riesgo, y aumenta el mal, y deben por tanto, y con mas razon, temerse sus efectos por parte del sustituto, pues al fin este tiene un interés mas seguro y cercano con la muerte del sustituido. Y aun cuando se procure evitar dichos males y temores, no se logrará miéntras no seamos ángeles ó éstos nos reemplacen acá en la tierra.

Si tales males no tuvieran por fundamento las quimeras, ni por orígen las caprichosas ilusiones de la ficcion, no sé dónde iriamos á parar, pues por de contado que entónces, y á fin de evitar cualesquiera males, deberian prohibirse las disposiciones testamentarias, á lo ménos en cuanto pudieran ser publicadas, pues claro es que el legatario y heredero tienen interes en la muerte del testador, ántes de que varíe su voluntad testamentaria manifestada. Igualmente habian de abolirse las succsiones *ab intestato*, pues aquellos en quienes recaen éstas, tienen interés en que cuanto ántes fallezcan y sin disposicion alguna, los poseedores de los bienes, para gozarlos ellos. Con no ménos razon puede decirse igual cosa respecto de los contratos en que se concede á otro derecho sobre los bienes de éste; y por último; lo mismo, sin diferencia esencial alguna, habria de hacerse respecto de ciertos derechos y concesiones hechas por la ley, por ejemplo, preeminencias y ascensos por antigüedad, pues en todos estos casos es evidente el interés de los mas modernos en la muerte de los mas antigüos, como en la remocion del obstáculo que se les presenta para adquirir lo que se desea. Mas, como sabemos muy bien que *argumentum quod nimis probat nihil probat*, es claro que los ántes referidos nada prueban sino en contra del objeto de su existencia.

Estos recelos, á pesar de la perversidad del hombre, son exageradísimos, y rarísima vez ó nunca se verifican. Bueno es que la

Digitized by Google

ley ponga una barrera insuperable á estas pasiones del interés, la codicia y la ambicion, que se agitan y conmueven en el corazon humano; y una barrera tal, que, á su vista, queden convencidas de su insuperabilidad, y se sujeten mansamente al nivel que se las haya fijado. Pero esto es objeto del derecho penal y no del de testar, y léjos de desvanecer, corrobora nuestras ideas.

Respondemos al tercer argumento: que su fuerza es nula y de ningun valor, porque aun cuando la intestacion sea en sí un mal, lo que no comprendemos, ni ménos supuesta la ley 1ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., no se remedia con que un tercero haga testamento por uno que tiene imposibilidad, como sucede cuando hay sustitucion pupilar ó vulgar; y aun cuando no hubiera tal imposibilidad, no hay voluntad verdadera del sustituido, pues que ninguna parte tiene en la disposicion, y por lo mismo faltan las ventajas de la testamentificacion y solo se encuentran las desventajas de la sustitucion ó testamentificacion sin la voluntad del testador, ó tal vez á pesar de ella y las mas veces sin poder ser testador el sustituido. Más se palpa la verdad de lo que dejamos dicho, si el sustituido es menor de edad pero mayor de la pupilar; pues entónces se les priva del derecho que les concede la ley 1ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. R.

FRACCION III.

Ultimas razones sobre lo ántes dicho.

Sobre todo lo espuesto debemos agregar: que si acaso la intestacion es inconveniente en algun niño, lo es en aquel á quien se le ha nombrado heredero sustituto; cuya institucion no pudiendo revocarse por el menor, durante la edad pupilar, no tiene motivos para hacer se ejerzan hácia él por el sustituto servicios algunos, mayormente no debiéndole ni el favor del nombramiento. Por otra parte, ¿con qué derecho los padres pueden hacer la sustitucion pupilar? ¿con el de la naturaleza? Pero el derecho natural prohibe la usurpacion y el robo;

Digitized by Google

y en el caso de una sustitucion pupilar existen ambas cosas. Porque, en efecto, el hijo solo puede tener cuatro clases de bienes: castrenses, cuasi castrenses, adventicios y profecticios; y el padre al nombrarle sustituto hace ó dispone que éste herede ó suceda á aquel, ó en todos los bienes del hijo, ó en parte; y en cualquiera de estos eventos, el padre roba y usurpa. Usurpa, pues se arroga unas facultades que no puede ni debe tener, como es testar á nombre y sin poder del que ni puede testar y aun cuando pudiera, lo que destruiria la sustitucion misma, no ha prestado su voluntad. Y comete ademas un robo, como vamos á patentizarlo. Si el padre nombra sustitutos para todos los bienes del hijo, incluye los castrenses, sobre los cuales el hijo, y nada mas que el hijo, tiene la propiedad, porque han sido el resultado del ejercicio de sus facultades productoras, ó sea de su trabajo; y como sabemos, disponer de la propiedad agena sin voluntad de su dueño, sin causa de pública utilidad y sin indemnizarle de ella, ya con otra ó consu valor, es un robo. Desde luego se nota que se habla en el supuesto de que el hijo haya adquirido algo con su trabajo; pero como, en general, los hijos en la edad pupilar no trabajan, no hay en este caso cuestion respecto de esos bienes. Con el nombramiento del sustituto ¿se concederán á éste á la muerte del sustituido y por órden del testador, los bienes adventicios? Tampoco, porque siendo éstos adquiridos por parte materna ó de un estraño, forman, en cualquiera de estos supuestos, una propiedad esclusiva del hijo: disponer de ella sin su voluntad, que no puede dar por falta de conocimiento y todo por la edad, seria tambien un robo. Solo nos faltan los profecticios ó adquiridos por línea paterna; pero ni de éstos puede el padre nombrar sustitutos á su hijo, porque ó el testador muere ántes que el sustituido, ó este ántes que aquel. En el primer supuesto toda la propiedad pasa al sustituido, y muerto éste á la madre como que es su heredera natural y forzosa, en estos casos en que no hay descendientes por parte del pupilo. En el segundo, esto es, muriendo el pupilo ántes que el testador, se acabó la razon de la sustitucion, su objeto su fin, su todo: y por lo mismo pasa ó debe pasar la herencia, al padre

Digitized by Google

y á la madre; y el primero no tiene derecho para disponer de lo ageno segun dicta la razon y la ley; y en estos dos supuestos, es propiedad de la madre, en último análisis, el todo ó parte de lo que ántes fué del hijo que hoy damos por muerto.

Lo espuesto hasta aquí, nos sirve para conocer la verdad y la justicia de estas disposiciones; y para lamentar los errores legales y hermenéuticos sobre esta materia, y en vista de ellos desear que nuestros gobiernos, mejor posesionados de la equidad, corrijan tales leyes; y por último, para contestar á la opinion de aquellos intérpretes que, como Gregorio López, niegan á la madre la facultad de evitar la sustitucion pupilar, y con mas razon cuando se la escluye de ser ella la sustituta, diciendo el citado autor: "No puede exigir la madre tal cosa, porque ¿á quién reclama? ¿Al hijo? Pero ni éste es el que dispone, ni ella tiene derecho á heredar á su marido." Suponiendo como verdadero que no tenga la mujer derecho á heredar al marido, aunque esto en cierto sentido es falso, y de todo entre nosotros, conforme á la ley de 10 de Agosto de 1857, ántes citada, no por eso pierde el derecho que por la naturaleza, supuestas sus relaciones de madre con su hijo; por la ley civil, supuesto el reconocimiento y garantía de aquellos, no puede ni debe dejar de tener, á la propiedad de su hijo, cuando á ella y solo á ella pertenece la herencia de aquel; siendo esta una de las razones que hemos dado en contra de la sustitucion pupilar.

Por otra parte: es sofístico tal raciocinio, y solo sirve para eludir el cuerpo á la dificultad y no para resolverla. El sofisma consiste: en dar como probado lo que se cuestiona; á saber, si debe ó no haber sustitucion pupilar con esclusion de la madre del pupilo, y si ella tiene ó no derecho á heredar á su marido, padre del mismo pupilo de cuya sustitucion se trata.

Digitized by Google

PARRAFO III.

¿Cómo, dónde y cuándo se usa de estos derechos póstumos?

Como el nombramiento de tutores y curadores sigue en todo el órden y modo de suceder y dejar las herencias, y éstas se hacen en testamento cuando son universales, cuyos preludios ó complementos son los codicilos ó memoria testamentaria, y en poder para testar, ya sean universales ó particulares; por lo mismo el nombramiento de tutores y curadores debe hacerse en el órden, modo y lugar que las herencias. Estas son testamentarias, legítimas y dativas; y los tutores, como probamos en otro lugar, son de las mismas clases; es decir, testamentarios, legítimos y dativos. Por lo mismo debe constar su nombramiento ó en testamento, ó por él ó por el juez. Todo esto se hace cuando hay causas justas para ello; de estas causas ó razones nos ocupamos ya, y por esto, al presente, para economizar repeticiones, no tocamos estos puntos, sino por via de método, y por confirmar mas y mas lo que ántes dejamos dicho.

Por lo que hace á las sustituciones, solo pueden y deben hacerse en los mismos términos que las instituciones cuyas reglas siguen.

Réstanos solo decir: que á diferencia del hecho en testamento, el nombramiento de tutor hecho en codicilo, necesita confirmacion judicial, segun varios autores, aun cuando lo haga quien tiene facultad civil para ello, como sucede con el padre legítimo ó la madre cuando instituya de heredero á su hijo legítimo. Mas sobre esto no encontramos la razon de los autores que así opinan, y ántes bien tenemos varias en contra.

PARRAFO IV.

¿Cómo cesan estos derechos?

Los derechos póstumos de los padres cesan con el fundamento de aquellos, que, como hemos visto, es la patria potestad; y los

Digitized by Google

efectos de estos derechos, por lo que hace á tutores y curadores, cesan del mismo modo que las tutelas y curatelas, de que hemos hablado ya. Lo dicho nos escusa de estendernos mas sobre una materia que no es el objeto esclusivo de esta obra. Solo agregarémos que la patria potestad se pierde únicamente por la muerte natural del que la tiene; pero se deja de ejercer en varios casos como en el de la emancipacion del hijo, la muerte de éste, cuando se le quiere ó logra prostituir, cuando el que tiene la patria potestad se vuelve loco, cuando el hijo es elevado á un puesto en que es indispensable la independencia del poder paterno; y en otros varios cuya sola relacion haria muy difuso este párrafo.

CAPITULO SEGUNDO.

Albaceas.

¿Qué es albacea? ¿Cuántas especies hay de albaceas? ¿Quién puede nombrarlos? ¿Dónde? ¿Quién puede ser albacea? ¿En qué término deben ejercer su empleo? ¿Cuáles son las penas en que incurren los que no cumplen con sus deberes? ¿Puede delegarse el albaceazgo? Estas cuestiones resueltas, nos bastarán para concluir metódicamente este capítulo, y saber las disposiciones sobre esta materia. Lo conseguirémos en los siguientes párrafos.

PARRAFO I.

¿Qué son albaceas?

La ley 1ª tít. 10 Partida 6ª dice: que "albacea, cabezalero, &c., es la persona que por disposicion del testador, por la ley ó por mandato del juez, tiene el encargo de ejecutar ó hacer ejecutar lo man-

Digitized by Google

dado por aquel en su testamento, lo que ordena la ley ó encomienda el juez, respecto de una testamentaría."

Carpio en el cap. 1º del lib. 1º de su obra de "*Executoribus testamentariis*," lo define diciendo: que "executor ultimæ voluntatis ille dicitur, qui testatoris voluntatem exequi, seu adimplere debet:" con cuya definicion estamos conformes.

PARRAFO II.

¿Cuántas especies hay de albaceas?

De la definicion anterior se infiere que por la manera de constituir ó fundar el albaceazgo, hay tres clases de albaceas, á saber: testamentarios, legítimos y dativos. Testamentarios son los nombrados por el testador. Legítimos, los llamados en defecto de los primeros por la ley. Y dativos, los que, á falta de los primeros y segundos, nombra el juez, de oficio, á peticion de los herederos ó á la de las demas partes que tengan interés directo en el arreglo de la testamentaría.

Segun las facultades que á los albaceas confiera el testador, objetos, que designan las leyes, y motivo y fin con que los nombre el juez, pueden ser universales ó particulares; y segun que se den estas facultades á uno ó muchos, y á estos de mancomun ó separados, se dividen en mancomunados é *in sólidum*. En estos casos deben proceder de mancomun á ejecutar la voluntad del testador; ó siendo *in sólidum*, el primero que empiece á ejecutarla, debe continuar hasta concluir, y quedan escluidos los otros. Así lo dispone la ley 6ª tít. 10 de la Parte 6ª

Carpio en el n. 40 del cap. 1º lib. 1º de su tratado de *execut. testam.* fija las mismas especies de albaceas de que hemos hablado: en los 41, 42, 43 y 47 desecha los ejecutores dativos: en el n. 48 admite las especies de ejecutores universales y particulares; y la

Digitized by Google

misma division admite en el n. 5 cap. 3 del lib. 3 de la obra citada.

En cuanto á los códigos estranjeros solo hablan de los albaceas testamentarios como se ve en los artículos que citamos en el párrafo 4º siguiente.

PARRAFO III.

¿Quiénes pueden ser albaceas?

Toda persona presente ó ausente, varon ó mujer, clérigo ó lego y aun religioso profeso que no sea franciscano, segun Carpio, con tal que tenga licencia de su superior, pueden ser nombrados albaceas, dice la ley 2 tít. 10 de la Parte 6ª; pero deben ser mayores de veinticinco años, que es la edad suficiente para poder ser nombrado procurador extrajudicial y judicialmente conforme á las leyes sobre procuradores.

La mujer no podia ser albacea segun la ley 8 tít. 5 lib. 3 del Fuero Real y la opinion de algunos autores, como Sérna y Montalban; pero sí puede serlo conforme á la costumbre y á la doctrina de autores como Carpio en el n. 10 del cap. 13 lib. 1º de su *trat. de execut. testam.;* y Murillo, Escaño y Febrero. En nuestro país, parece que tambien puede serlo, conforme al art. 19 de la ley de 10 de Agosto de 1857, estando vigente; y que á la letra dice: "Ni el sacerdote que confiese, ni al médico que asista al testador en su última enfermedad, podrán ser sus albaceas," Y como á nadie mas lo prohibe en toda ella, creemos que permite á la mujer ser albacea; aunque tambien puede entenderse que la prohibicion de esta ley, no quita sino aumenta las de las anteriores, pues en su art. 71 manda que todo lo relativo á sucesiones que no se encuentre resuelto en esta ley, se decida con arreglo á las vigentes á su promulgacion, por lo que nada afirmamos sobre el particular.

El encargo de albacea no es obligatorio de por sí; pero una vez admitido, debe desempeñarse con fidelidad, pues lo que espontáneamente se promete, por derecho se debe, dice un axioma del mismo derecho.

Digitized by Google

Si como, con sobrado fundamento, pretenden algunos autores, el albaceazgo debe tenerse como un mandato, se comprende mejor, atentos los párrafos 11 y 13 tít. 27 lib. 3. Inst. que dicen: "mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est." por que al albacea, en su caso, debe aplicarse la ley 20 tít. 12 Part. 5ª, concordante de la romana. Lo mismo se comprende por qué la accion que debe seguirse en contra del albacea es la de *contrarii mandati;* tanto mas, cuanto que suponemos se le ha dejado alguna recompensa; y por esto la ley 8 tít. 10 de la Part. 6ª, condena al albacea que no cumple con su deber, á que pierda la recompensa; y lo mismo hace la ley 5ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. R. En esto nos confirma tambien la escepcion puesta por la citada ley de Part., en favor del albacea.

Lo mismo que la disposicion romana ántes mencionada, pero que no cita, dice Carpio en el n. 5 del cap. 17 lib. 1º de su trat. *de execut. testamentariis* , en estas palabras: "voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis est consummare."

CONCORDANCIAS.

El Código francés en sus artículos 1028 y 1029; el sardo en los 890 y 891; el napolitano en los 893 y 894; el de la Luisiana en los 1656 y 1657; el holandés en el 1053; la Ordenanza prusiana de 19 de Mayo de 1804; y el Código español en su art. 727, prohiben ser albaceas: 1º, al que no puede obligarse, y segundo á la mujer casada, si no tiene licencia marital. Mas debemos advertir que la disposicion prusiana y el Código holandés, prohiben ser albaceas, no solo á la mujer casada, que no tiene licencia marital, sino tambien á la que la tiene y á las que no sean casadas ó estén viudas; asi es que por estas leyes, ninguna mujer puede ser albacea.

Finalmente: el art. 739 del Código español declara: que el cargo de albacea es gratuito y voluntario; pero que una vez aceptado, pasa á ser obligatorio.

El Código de la Luisiana en sus artículos 1676 y siguientes, con-

Digitized by Google

cede á los albaceas un tanto de comision y sienta el mismo principio que el español.

El holandés en su art. 1068 declara gratuito el albaceazgo; y sin embargo permite al albacea cobrar honorarios; y á semejanza de los dos anteriores y de la disposicion romana que copian, no obliga al albacea á aceptar, pero sí á cumplir fielmente su encargo.

PARRAFO IV.

¿Quién puede nombrar los albaceas?

Como hay tres clases generales de albaceazgos, esto es, testamentarios, legítimos y dativos, pueden los albaceas ser nombrados por todo el que pueda testar; por la ley, si son legítimos ó parientes del testador, y los albaceas nombrados por éste no pueden ó no quieren serlo; y por el juez que conozca de todo lo relativo á la testamentaría ó intestado; pues los albaceas, semejantes á los tutores, siguen el órden y la razon de las herencias que van á administrar, y de los herederos que van á gobernar ó al ménos á poner en goce de sus derechos hereditarios por medio de la division de sus bienes, dice, y con razon, Carpio en los números 1, 24, 25 y 26 del cap. 18 del lib. 1 de su tratado *de execut. testament.;* y esto á pesar de haber desechado el albaceazgo dativo como vimos en el párrafo precedente.

La clasificacion de albaceas es igual á la de los herederos, porque debe ser conforme á la naturaleza ó clase de las maneras de heredar, el mandato que se ha de desempeñar; salvos aquellos casos en que por circunstancias escepcionales sucede lo contrario, como dice Molina *de Primogenit.*

CONCORDANCIAS.

Los artículos 1025 francés; 889 sardo; 726 español y en general los códigos modernos facultan á todo testador para que pueda nom-

Digitized by Google

brar uno ó mas albaceas; pero no se ocupan de los legítimos ni de los dativos.

PARRAFO V.

¿Dónde debe hacerse constar el nombramiento de albaceas?

Como éstos, segun la ley 3 tít. 10 de la Part. 6ª, no son mas que los ejecutores de la voluntad del testador, y ésta debe constar en testamento, de aquí es que en el mismo testamento debe hacerse el nombramiento de albaceas, ó lo que es lo mismo, conferirse tal mandato. Y como tambien pueden constar en codicilo, memoria testamentaria y poder para testar, el nombre ó la designacion declaratoria de las facultades y atribuciones de los albaceas, igualmente deben ser nombrados en los instrumentos citados por igualdad de razones, dice Sigüenza.

En cuanto á los albaceas legítimos y dativos, debe hacerse constar su nombramiento en los autos de la testamentaria ó del intestado, segun el caso.

PARRAFO VI.

¿En qué término deben ejercer su empleo los albaceas?

Deben éstos cumplir con su encargo en el término prefijado por el testador, sea mayor ó menor que el fijado por la ley; y si el testador no fija el término en que deben concluir su mision, ó si el albacea es legítimo ó dativo, deberá finalizar su cargo, á mas tardar, en el término de un año contado desde la muerte del testador, segun la Auténtica *hoc amplius*, C. de fideicommissa. cap. nos quidem 3 de testam. y la ley 6 tít. 10 de la Part, 6ª Lo mismo afirman Carpio en el n. 2 cap. 1º lib. 3 *de execut. testament.* Matienzo en el n. 36 glos. 1ª á la ley 14 tít. 4 lib. 5; Molina *de Justitia et Jure trac.* 2 disput. 251 n. 1, y los autores por éstos citados.

Digitized by Google

CONCORDANCIAS.

Los artículos 1,026 y 1,031 del Código francés y el 735 del español, obligan al albacea á cumplir su encargo dentro de un año contado desde la muerte del testador, háyalo ó no fijado éste y aun pretendido prorogarlo.

Como siendo varios los albaceas, de comun acuerdo, ó tal vez por positiva discordia entre ellos, podria demorarse el término del arreglo de la testamentaría, y á pretesto de realizarlo, pretender la prorogacion del año fijado por la ley, esta, para impedir tal abuso, dispone valga lo que haga el menor número ó uno solo de los albaceas, cuando estos no puedan ó no quieran concurrir ó no puedan avenirse. Artículos 1,036 del Código francés, 906 del sardo y 736 del español.

PARRAFO VII.

¿Cuáles son los deberes y derechos de los albaceas?

El cargo de albaceazgo no es obligatorio, segun vimos en el párrafo III, pero una vez aceptado, debe desempeñarse con honradez y probidad. El albacea que tuviere el testamento del finado debe mostrarlo al juez en el término de un mes, contado desde la muerte del testador, bajo las penas de que habla la ley 5ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., que es la 13 tít. 5 lib. 3 del Fuero Real y 14 tít. 4 lib. 5 de la R. Debe circunscribirse á las facultades que segun su origen y objeto, se le hayan concedido por el testador, la ley ó el juez; y si para cumplir lo que conforme á la ley 2 tít. 10 de la Part. 6ª, se le ha encargado, tuviere que vender, empeñar ó gravar todo ó parte de los bienes del testador, puede hacer lo primero en pública subasta y prévia facultad del testador ó del juez en su caso, segun la ley 62 tít. 18 de la Part. 3ª, sin poder comprar para sí pública ó privadamente nada de lo que vendiere, segun la ley 1ª tít. 12 lib. 10

Digitized by Google

de la Nov., que es la 23 tít. 11 lib. 5 de la R., pena de nulidad de la venta y de tener que pagar ademas el albacea el cuatro tanto del valor de la cosa comprada, cuyo cuatro tanto será aplicado al fisco.

Carpio en el capítulo 3 del libro 3 de su tratado *de execut. testam.* sienta que los albaceas pueden vender los bienes hereditarios, si fueren espresamente facultados por el testador, y que si esta facultad no se les hubiere concedido espresamente, solo podrán hacer tal venta en pública subasta, dice en el núm. 61, y esto mismo sostiene Muñoz Escobar en el núm. 42 del capítulo 24 de su tratado de *Ratiociniis administratorum*, agregando que aun de esto debe dar cuenta el albacea.

Los albaceas y tutores pueden ser facultados por los testadores para que en los términos de que hablan las leyes 3ª tít. 10 de la Part. 6ª, y 10 tít. 21 lib. 10 de la Nov. y Real resolucion á consulta de 26 de Abril de 1791 y consiguiente cédula del Consejo de Indias, fecha 20 de Enero de 1722; practiquen entre los hijos menores y huérfanos ó herederos del testador, la particion de sus bienes, con la sola obligacion de presentar despues la particion ante el juez del pueblo para su aprobacion y para que se protocolice en los oficios del juzgado, bajo las penas de que hablan las leyes 8ª título y Partida citada, y 5ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., si dejaren de obrar como deben. Tambien deben los albaceas hacer inventarios y dar cuentas de lo gastado y recibido, y no exigir retribucion; si no es que la haya pactado con el testador. Así lo dicta la razon, la justicia y la prudencia, y lo sientan varios autores. Carpio en el núm. 60 del capítulo y libro citado, agrega que tambien puede cobrar el albacea lo que de su peculio hubiere gastado en favor de la testamentaría.

Conforme al art. 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857, "en todo caso en que se dejen comunicados secretos, sea de palabra ó por escrito, tendrán los albaceas obligacion de darlos á conocer al juez de la testamentaría y al defensor fiscal, en el Distrito, ó á los promotores fiscales, ó los que hagan sus veces, en los Estados, con la reserva debida y ántes de que se aprueben los inventarios,

Digitized by Google

para que así pueda saberse si dichos comunicados son ó no contrarios á las leyes. En el primer caso impedirán dichos funcionarios su cumplimiento, y en el segundo cuidarán de que lo tengan, haciendo que esto se les acredite suficientemente. El albacea que no cumpla con estas prevenciones, pagará de su propio peculio, una multa igual al 25 por ciento del monto de los comunicados secretos."

Conforme al art. 70 de la misma ley, en su fraccion 5ª, "los jueces cuidarán de que se pague la manda de bibliotecas en toda testamentaría ó intestado; é impondrán una multa de diez á veinte pesos á cualquier albacea ó defensor de bienes que, al presentar los inventarios, no acompañe el recibo correspondiente de la manda susodicha."

Los albaceas deben, ante todo, inventariar los bienes del difunto, no solo en beneficio de los herederos, sino para evitarse mayores reclamaciones que las que puedan hacerles de otra manera. Por esto sin duda se los aconseja Carpio en el capítulo y libro citado, agregando en el cap. 2 lib. 4, que deben de todo dar cuenta al fin de su albaceazgo, y que aun para y por esto deben formar dicho inventario. Lo mismo absolutamente sostiene Muñoz Escobar en el número 18 del cap. 3 de su obra intitulada: *De Ratiociniis administratorum*. Conforme á las leyes 30, 37 y 46 tít. 32 del lib. 2 de la R. de Indias, los albaceas no solo tienen el estrecho deber de rendir su cuenta de albaceazgo al año de tener el cargo, sino que de no hacerlo, incurren en la pena de pérdida de sus bienes, mitad para los herederos y la otra mitad para el fisco. Y para que este deber no sea ilusorio, se les prohibe por las citadas leyes que salgan no solo de la Nacion, sino aun del Estado, antigua provincia, sin haber dado dicha cuenta y hecho entrega de los bienes de la testamentaría; todo bajo las mismas penas.

CONCORDANCIAS.

El cargo de albacea es gratuito y voluntario; pero, una vez aceptado, es obligatorio si no sobreviniere escusa admisible al prudente

Digitized by Google

arbitrio del juez; dice el art. 739 del Código español. El 1,676 del de la Luisiana, concede á los albaceas un tanto de comision. El 1,068 del holandés, declara gratuito el cargo de albacea, con lo que se contradice, pues concede al mismo albacea poder cobrar honorarios. El 740 del español, dice: que si el testador legó ó señaló conjuntamente á los albaceas alguna retribucion, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá á los que lo admitan, lo cual prueba que el cargo de albacea puede no ser tan gratuito como el mismo Código quiere que sea.

Por el art. 728 del Código español, las facultades de los albaceas serán las que designe el testador, con arreglo á las leyes. Existiendo herederos forzosos no podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; mas para ejecutarlo los herederos, siempre será necesaria la intervencion ó citacion en forma de los albaceas. A falta de herederos forzosos podrá el testador autorizar á los albaceas para que se apoderen de sus bienes; mas para ejecutarlo, será siempre necesaria la intervencion en forma de los herederos.

Por el 729 se dispone: que no habiendo el testador designado especialmente las facultades de los albaceas, sean las siguientes: primera, disponer y pagar los sufragios y funeral del testador con arreglo á lo ordenado por éste, y en su defecto segun la costumbre del pueblo: segunda, pagar los legados que consistan en sumas de dinero, haciéndolo saber al heredero y no contradiciéndolo éste, con cuya disposicion están conformes los artículos 1,661 del de la Luisiana; 1,051 del francés; y 901 del sardo; y tercera: vigilar sobre la ejecucion de todo lo demas ordenado en el testamento, y sostener, siendo justo, su validez en juicio ó fuera de él.

Por los artículos 1,031 del Código francés, 896 del sardo, y 731 del español, los albaceas no podrán, so pretesto de pago de legados y funerales, proceder al inventario de los bienes del difunto contra la voluntad de los herederos.

Los albaceas procederan á la formacion de inventarios, siempre que el testador lo hubiere ordenado ó los herederos lo consintieren.

Digitized by Google

Si alguno de éstos no tuviere la libre administracion de sus bienes, ó fuere de alguna corporacion ó establecimiento público, deberán los albaceas ponerlo inmediatamente en conocimiento del padre, tutor, curador ó administrador, y hallándose éstos fuera del domicilio del difunto, darán principio á la formacion del inventario. Si el heredero, libre en la administracion de sus bienes, se hallare ausente, bastará darle noticia. Art. 732 del Código español.

Deberán tambien los albaceas recibir con inventario, siempre que el testador les hubiere encargado la inversion ó distribucion de toda ó parte de la herencia en alguna fundacion ú objetos piadosos, ó de pública utilidad, permitidos por las leyes; mas en este caso, siendo necesaria la enagenacion de los bienes, se hará en subasta pública y judicial. Artículos 902 del Código sardo y 733 del español.

Este en el 737, el francés en el 1,031, y el holandés en el 1,065, imponen á los albaceas la obligacion de dar cuenta de su encargo á los herederos; y si fueren universales para la inversion ó distribucion de todos los bienes en los casos permitidos por derecho, las darán al juez.

Toda disposicion del testador, contraria á esto, es nula.

Por los artículos 1,034 del Código francés, 907 del sardo y 741 del español, serán abonados al albacea, de la masa hereditaria, los gastos hechos por él para el desempeño de su cargo.

PARRAFO VIII.

¿En qué penas incurren los albaceas que faltan á su deber?

Aceptando el cargo y no desempeñándolo bien en todos sentidos, incurren en la pérdida de los legados que se les hayan dejado por el testador. Igualmente pierde la manda el albacea que no presenta el testamento al juez en el mes dicho, y si nada le dejase el testador, deberá pagar al interesado el daño que se le hubiere seguido, y al fisco la multa de dos mil maravedis. Leyes 8 tít. 10 Partida

Digitized by Google

6ª, y 5 tít. 18 lib. 10 de la Nov., que es la 14 tít. 4 lib. 5 de la R. Y al que en el término legal de un año no ejecutare lo que se le mandó, debe removérsele por sospechoso y castigársele segun haya lugar en derecho. Leyes citadas.

Segun la parte final del artículo 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857. "El albacea que no cumpla con estas prevenciones, pagará de su propio peculio, una multa igual al 25 p% del monto del comunicado secreto." Y segun la fraccion 5ª del art. 70 de la misma ley: "Los jueces cuidarán de que se pague la manda de bibliotecas, en toda testamentaría ó intestado; é impondrán una multa de diez á veinte pesos, á cualquier albacea ó defensor de bienes que, al presentar los inventarios, no acompañe el recibo correspondiente de la demanda susodicha."

En su artículo 71 dice la misma ley que todo lo relativo á sucesiones, que no esté espresamente dispuesto en ella, queda sujeto á las leyes vigentes sobre esta materia, al tiempo de su promulgacion: así es que conforme á esta ley, están vigentes las de Partida y Recopilacion citadas, pues aquella nada dispone sobre los casos de que hemos tratado.

En el Perú segun su ordenanza 8ª tít. 7º de los despoblados de minas el albacea debe vender las dejadas por el testador, dentro de treinta dias del fallecimiento de éste, en pública subasta y precediendo pregones; y si no lo hiciere él, debe pagar al heredero, los perjuicios que se le sigan del despueble de la mina. Y esto mismo segun Gamboa en el número 22 cap. 17 de sus Comentarios á la ordenanza mexicana de minas, sucede en nuestro país no solo respecto de los albaceas, sino tambien de los tutores, de los herederos pupilos; y por eso éstos no gozan de restitucion alguna, dice en los números 17, 18 y 19 del mismo capítulo.

Digitized by Google

PARRAFO IX.

¿Puede delegarse el albaceazgo?

El albacea, segun Febrero, Serna y Montalban y otros autores, no puede delegar su encargo, sin espresa antorizacion del testador, y aunque se le conceda no valdrá en todos casos, especialmente si no habiendo sido muy exactos en el cumplimiento de sus deberes, contrajeron algunas obligaciones; porque entónces quedan sujetos á las resultas, aun en el caso de que hubiesen legado su encargo. Esto es muy racional, y de ello nos convencerémos si examinamos que el albaceazgo es un encargo de ejecutar la voluntad del testador, y no de encargar á otro que la cumpla; mas si tiene esta facultad cuando espresamente se la conceda el testador ó el Juez, pues entónces se manifiesta que no solo le tuvieron confianza para que por sí desempeñara su encargo, sino aun para que nombrara otro que á falta suya, lo desempeñara con la honradez que el testador ó el Juez suponen en el albacea que nombran con tales facultades.

Carpio en el lib. 1º cap. 20 y en los números 45 y siguientes del cap. 2º lib 3º sostiene: que el albacea puede nombrar apoderado ántes ó despues de comenzado el juicio, para que defienda á la testamentaría y la represente. Sin embargo, afirma el mismo autor, que no puede delegarse el cargo de albaceazgo. Lo mismo dice en el cap. 7º lib 3º números 4º y 5º, y en el cap. 19 lib. 1º donde hace multitud de distinciones de casos, para sentar algunos en que puede delegarse el albaceazgo.

Aunque la ley 4ª del tít. 10 de la Partida 6ª solo concede al albacea, poder demandar en juicio ó fuera de él los bienes del difunto en los cuatro casos que ella señala, y nada dice ni para facultarlo para que otorgue poder á persona que lo represente, ni siquiera para que sustituya el que se le confiere por el testador ó por el Juez al nombrarle tal albacea, como tampoco lo prohibe, no hay inconveniente en admitir la doctrina de Carpio que acabamos de citar. Ademas, como uno de los casos fijados por la misma ley, es el de que

Digitized by Google

el testador, conceda á su albacea la facultad mencionada, es consecuencia lógica y legal, que si el testador espresamente autorizare á su albacea para que delegue su cargo, para que otorgue poder á persona que por impedimento suyo lo represente, ó le sustituya el que le es conferido en su nombramiento mismo, lo pueda hacer y tenga valor legal lo practicado por tal apoderado: por esto hemos adherídonos á las doctrinas de los autores citados en este párrafo. Aun en los demas casos fijados por la última mencionada ley, puede afirmarse que ésta léjos de prohibir, dió por sentadas como necesarias al pronto, eficaz y buen desarrollo del cargo de albacea las facultades de delegarlo, dar poder ó sustituir el conferido al mismo albacea; pues es seguro que al legislador no se han de haber ocultado las razones de conveniencia que hay para admitir tales facultades, especialmente cuando el albacea tuviera alguna imposibilidad, que sin ser suficiente para abandonar el puesto ó cargo, sí le impidiera desempeñarlo personalmente, con la prontitud, eficacia y actividad que demandara el caso: lo que solo podrá hacer con concederle las facultades que dejamos indicadas. Así que, supuesto que el legislador no las mencionó siquiera, es de creer que quiso permitirlas. Fácil nos sería esponer otras razones que corroboran las sentadas; pero creemos que éstas bastan para manifestar los motivos por qué nos hemos adherido á las doctrinas de Carpio, Febrero y demas autores citados en este párrafo.

CONCORDANCIAS.

El albaceazgo no puede delegarse sin espresa autorizacion del testador. Artículos 1,032 del Código francés; 905 del sardo; 1,069 del holandés; 557 del prusiano; 816 del austriaco y 738 del español.

PARRAFO X.

¿Cuando y por qué concluye el albaceazgo?

Concluye el cargo de albacea, cuando hay una de las siguientes causas: por haber sobrevenido enemistad entre el albacea y el tes-

Digitized by Google

tador; por impedimento del albacea, como locura, fatuidad, &c.; del mismo por ser sospechosa la conducta y manejo del albacea; por haber concluido el término designado por el testador, ó por la ley para que desempeñara su cargo y no haberlo hecho; por habérsele removido como sospechoso en otro albaceazgo; por haber cesado la causa de su nombramiento, pues quitada la causa, cesan sus efectos; y por muerte del albacea, pues como cargo personal, no pasa al heredero. En cualquiera de estos casos, estando justificado, debe procederse por el Juez, ya de oficio, ó á instancia de parte, á hacer nombramiento de nuevo albacea, si aun lo necesitare la testamentaría. Las mismas causas fija Carpio en el lib, 4º cap. 1º y siguientes. Mas la ley 8ª del tít. 10 de la Part. 6ª, solo fija por causa para que cese el albaceazgo, la negligencia ó malicia del albacea.

Tambien concluye el albaceazgo de la viuda, tomando nuevo estado, dice Carpio en el lib. 1º cap. 7 números 24, 25 y siguientes.

Para concluir este capítulo dirémos en el siguiente párrafo dos palabras sobre lo ántes espuesto.

CONCORDANCIAS.

El albaceazgo espira por la muerte, imposibilidad, justa causa ó remocion del albacea, despues de aceptado el cargo; y por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley. Disponen esto los mismos artículos de los códigos estranjeros citados en el párrafo anterior.

PARRAFO XI.

Ultimas razones sobre lo ántes dicho.

El nombramiento de ejecutores testamentarios, tiene por objeto, ademas del exacto cumplimiento de la voluntad del testador, evitar la subversion de bienes: ambas cosas muy dignas de la proteccion de las leyes. Los albaceas, pues, promueven el pago de los legados y el cumplimento de las demas disposiciones, porque como aquellos

Digitized by Google

han de salir de la herencia, es de sospechar que el heredero no se preste á ello de buena gana, y sí trate de evitarlo por medio de la ocultacion de bienes. De este punto nos ocuparémos en el siguiente párrafo.

Pero sobre todo es interesante la intervencion de los albaceas en los casos de que los herederos sean menores ó estén ausentes porque en tales circunstancias es muy de temer la dilapidacion de los bienes hereditarios por manos estrañas, mayormente cuando es muy dificultosa la justificacion de este delito y de quien sea el delincuente. La esperiencia nos demuestra lo que sucede con frecuencia en estos casos en una casa mortuoria: sobrinos, criados, en una palabra, todos los circunstantes se creen dignos de recompensas, superiores á las que les dió el testador; y si nada les ha dejado, pobre de su memoria! pobre reputacion de los herederos! pues trizas los hacen aquellos vengadores ciegos de la ambicion y codicia despreciadas. Cada cual forma el plan de hacerse justicia por sí mismo, y aprovechándose de tan bella coyuntura, todo el mundo roba cuanto puede. Por lo mismo la presencia de uno ó dos amigos del testador, particularmente en los primeros momentos despues de su muerte, para salvar la herencia, debe considerarse muy útil á los herederos y especialmente a los menores y ausentes. Mas no por eso opinamos que los albaceas merecen una ilimitada y ciega confianza, nada de eso: creemos que no debe hacerse de los albaceas una confianza tal, que mas que confianza, merece el nombre de abandono completo á pretesto de conocer su buena fé, porque al fin son hombres, y sucede las mas veces, cuando no siempre, que sujetos de una pureza estremada respecto á los asuntos de una persona, no proceden con igualdad en los de los hijos ó herederos de ella. Nunca debe olvidarse que la desconfianza es la mejor salvaguardia de la seguridad. De aquí resulta que es menester darles esta intervencion; pero con ciertas precauciones.

Que concurran á la formacion de inventarios; que tengan entrada en la casa mortuoria para evitar cualquiera ocultacion de bienes; que se hagan por su mano los pagos de los legados que se han encomen-

Digitized by Google

dado á su eficacia, esto es muy justo, prudente y bueno; pero es muy arriesgado concederles facultades de apoderarse por sí solos, de los bienes hereditarios y venderlos. Cuando hay heredero mayor de edad, éste como interesado los cuidará sin duda, y no hay necesidad de que el albacea se apodere de ellos. Si son menores ó están ausentes los herederos, convendrá no dar á los albaceas este poder; y si se les hubiere dado convendría lo usasen con intervencion judicial.

Debemos concluir, diciendo que aun cuando fuera muy bueno que los testadores concedieran á los albaceas dicha facultad de apoderarse de los bienes hereditarios, venderlos &c., y la de desempeñar su cargo en mas del tiempo legal fijado por derecho; debe prohibirse á los escribanos con penas muy severas, ese empirismo, por el cual, sin y tal vez contra la voluntad espresa del testador, insertan en todo testamento, salga ó no, convenga ó no, dichos poderes y prorogacion del término legal. Pero lo mejor de todo seria prohibir á los testadores, conceder semejantes facultades á los albaceas, pues de esto resulta generalmente, que los albaceas son los verdaderos herederos, y éstos los positivos albaceas.

PARRAFO XII.

Ocultacion de bienes.

Siempre que la haga el heredero, queda obligado á mas de á lo que monta la herencia para hacer el pago de su deuda, y á satisfacer por pena, el duplo de lo ocultado. Para incurrir en esta pena, lo primero que debe hacer el que alega ocultacion, es esplicar con individualidad los bienes ocultados: segundo, probar que se hizo con ciencia cierta, dolo y malicia: y tercero, que esos bienes estaban en poder del difunto al tiempo de su muerte.

Esta prueba no solo puede hacerse por testigos de vista, sino tambien por los de oidas, y por presunciones ó conjeturas; pero debe

Digitized by Google

probarse dolo verdadero, que es el que se prueba por evidentes y manifiestos indicios, como en los delitos de homicidio y otros, en los que es indispensable la premeditacion del que los cometió; y no basta probar lo presunto, que es el caso en que hay culpa lata, y se prueba por indicios probables, como en el que no restituye lo que sabe está debiendo, ó en el que deja la cosa depositada en lugar por donde transitan muchos.

De esta pena se exime el que hace en el inventario la protesta de agregar lo que hallare de nuevo; pero no, si con indicios vehementes ó graves, se le probare que maliciosamente ocultó; como si se le advirtió que listase tales bienes, no lo hizo y despues se averigua que estaban en poder del difunto.

En el juicio de ocultacion, se procede ordinariamente; aunque proceder de otro modo no anula el proceso, y por él no se suspende la division de lo inventariado. Si ésta no está hecha, el juicio de ocultacion debe instaurarse ante el juez de la testamentaría, porque esta atrae; pero si ya se hizo, con lo que concluyó el juicio de inventarios, se instaurará el de ocultacion ante cualquier juez, siguiendo el fuero del ocultador.

No se reputa tal, ni incurre en la pena, el que se vale de otro para que forme el inventario y encubre algo; porque como penal se restringe esta ley.

Muñoz Escobar en el cap. 9º núm. 69 de su tratado de "*Ratiociniis administratorum*" dice: que la pena de ocultacion de bienes, es la misma que la de no rendir cuentas el albacea, tutor, &c., esto es, el duplo de lo ocultado.

En cuanto á las concordancias de este párrafo con los códigos estranjeros, consúltese el párrafo 10 del capítulo siguiente.

Digitized by Google

CAPITULO TERCERO.

Inventarios.

¿Son necesarios los inventarios para hacer una justa y arreglada division? ¿Qué es un inventario? ¿Cuál es su objeto? ¿Cuántas son sus clases? ¿Cuáles son los requisitos y cuántos para la validez de un inventario solemne? ¿Quiénes deben hacer inventarios? ¿Cuáles son los efectos de éstos? ¿Es precisa la aceptacion de la herencia para que tenga el inventario fuerza contra el heredero? ¿A qué queda obligado el heredero que ha hecho el inventario, y en su vista aceptado la herencia? ¿Cuáles son las penas en que incurre el heredero por ocultar los bienes hereditarios? ¿Ante qué juez debe hacerse el inventario y en qué lugar? ¿Qué debe hacerse despues del inventario? Entremos en materia.

PARRAFO I.

¿Son necesarios los inventarios para hacer una justa y arreglada division?

Despues de haber tratado de las diferentes especies de sucesiones, creemos necesario esplicar la materia relativa á la division y particion de ellas, empezando por los inventarios y tasaciones de los bienes de que constan, sin los que es imposible hacer una cómoda, arreglada y justa particion, conforme á las leyes y voluntad del testador, principio y base de toda particion. Que son necesarios los inventarios y tasaciones para una justa, cómoda y arreglada division, se infiere lógica y legalmente, de lo dicho y del estudio de los

Digitized by Google

párrafos que siguen. Ademas, ¿cómo pueden distribuirse con exactitud los bienes de una testamentaría, si se ignora cuáles, cuántos y de qué clase son? así como ¿qué valores tienen? y por lo mismo ¿cómo pueden igualarse los que se entreguen á un heredero con los que correspondan á otro? Ni finalmente, ¿cómo puede saberse qué derechos competen á la hacienda pública y cuáles y qué deberes incumben á los albaceas, á los herederos, fiduciarios, fideicomisarios &c? Con los inventarios y tasaciones, y solo con ellos.

Del contenido de la ley 5ª tít. 6 de la Part. 6ª se colige la necesidad de la faccion de inventarios en el término que fija, y la de que en ellos se haga la tasacion de los bienes.

CONCORDANCIAS.

Hasta pasados nueve dias de la muerte de aquel de cuya herencia se trata, no puede intentarse accion contra el heredero, para que acepte ó repudie la herencia, dice el art. 841 del Código español. Por el art. 842 del mismo Código y el art. 1,089 del holandés, todo heredero puede pedir la formacion del inventario, ántes de aceptar ó repudiar la herencia, aunque el testador se lo haya prohibido.

Los artículos 793 del Código francés; 710 del napolitano; 1,070 del holandés; 1,100 del sardo; 734 del de Vaud; y 843 del español, disponen: que el heredero mayor de edad que quiera aprovechar el beneficio de inventario, debe manifestarlo dentro de diez dias desde que supo ser tal heredero, si vivia en la casa mortuoria al ocurrir el fallecimiento, y dentro de treinta si vivia fuera. Esta manifestacion debe hacerse ante el alcalde del domicilio del difunto, y por escrito si el domicilio del heredero no distase mas de diez leguas, pues distándolas, la puede hacer ante el juez de su domicilio, dicen los artículos 793 del Código francés y 844 del español.

Como se ve, los Códigos citados imponen el deber á tales y cuales personas, de hacer en estos y aquellos términos los inventarios, y conceden ademas derecho de exigir su formacion á las personas referidas en los artículos de los mencionados Códigos; así es que,

Digitized by Google

segun éstos, es necesaria la formacion de inventarios. Que la tasacion debe hacerse en los inventarios mismos, lo ordena el art. 849 del Código español.

PARRAFO II.

¿Qué son inventarios?

Las leyes 99 y 100 del tít. 18 Part. 3ª, y 5ª tít. 6 Part. 6ª, y apoyados en ellas Febrero, Escriche, Romero Gil y otros, dicen: que "inventario es una escritura en que se anotan con especificacion los bienes de alguna persona, por muerte, embargo ú otra causa." Nos conformamos con esta definicion, y solo agregarémos que conforme al art. 849 del Código español "debe tambien espresarse en el inventario la tasacion de los bienes, que se hará por peritos, nombrados, uno por el heredero y otro por los acreedores y legatarios, si concurrieren, ó por el juez en otro caso; y si resultase discordia entre los peritos, el juez nombrará un tercero para dirimirla;" cuyo artículo tambien mencionamos en el párrafo anterior.

Sobre la materia del presente párrafo, nada hemos encontrado en los demas Códigos estranjeros.

PARRAFO III.

¿Cuál es el objeto de los inventarios?

Con cuatro objetos fueron introducidos los inventarios: primero, á fin de que los herederos no ocultasen los bienes hereditarios; objeto muy digno de alabanza, pues con él se evitan muchos males: segundo, para impedir que estuviesen los herederos obligados á mas de lo que importase la herencia; cosa muy justa, pues no hay razon para obligar á otro con lo ageno sin darle los medios de posibilidad para cumplir tales obligaciones: tercero, para que, no dudando en vista de él á cuanto asciende el capital del finado, no pidiesen los

Digitized by Google

herederos término para admitir ó renunciar la herencia, y así evitar demoras, y facilidades ú oportunidades para ocultar bienes: y cuarto, para probar alegaciones negativas, que de otro modo se juzgan improbables. Estos marcados objetos sirven para aclarar y probar la necesidad y ventajas de los inventarios, que indicamos en el párrafo 1º de este capítulo.

PARRAFO IV.

¿Cuántas clases hay de inventarios y cuáles son?

Hay cuatro clases ó especies de inventarios: judiciales, estrajudiciales, solemnes y privilegiados. El judicial, es el que se ejecuta por ante el juez, ya á peticion de parte ya de oficio. Estrajudicial es el que hacen los albaceas ó interesados, sin intervencion, pero con licencia del juez. El solemne, es el que se ejecuta observando las solemnidades prescritas por el derecho, ya sea judicial ó estrajudicialmente hecho. Los privilegiados, ó mas bien simples, son aquellos en que no se observan con rigor, dichas solemnidades, sean cuales fueren; pero éstos son nulos atentas las dificultades que pueden contrariarlos y falsificarlos.

El estrajudicial puede hacerse siempre, ménos en los casos siguientes: primero, cuando haya que recontar dinero ó inventariar alhajas finas, porque esto exige mas garantía, y esta está en la intervencion del juez: segundo, cuando algun acreedor del finado pide se haga inventario judicial, lo que no puede negársele, pues como acreedor, tiene derecho á exigirlo, y con esto garantiza mas su conducta; tercero, cuando uno fallece intestado dejando herederos menores ó ausentes ó desconocidos, pues entónces se interpone el oficio del juez, á fin de asegurar mas los bienes correspondientes á los interesados y evitar choques y litigios de éstos con los albaceas ó entre sí. Todo esto es tan claro, racional y justo, que no necesita comentarios ni esplicaciones. Solo dirémos que para la faccion estrajudicial de inventarios, debe pedirse licencia al juez respectivo, y éste

Digitized by Google

concederla con la restriccion de que se le presenten para su aprobacion, que dará despues de probada la conformidad, con ellos, de los interesados en su exactitud y verdad.

PARRAFO V.

¿Cuáles y cuántos son los requisitos legales indispensables para la validez de los inventarios?

Para la validez de los inventarios son indispensables los requisitos siguientes.

1º Que se ejecute ante escribano, con citacion de la viuda, si la hubiere, y de los demas herederos entre quienes ha de hacerse la particion, advirtiendo que el escribano no debe proceder en la formacion del inventario por inquisicion y apremio, como causa ejecutiva ó criminal, sino por voluntaria manifestacion del heredero ó inventariante, pues si hubiese ocultacion de bienes, pueden los interesados usar de la accion que el derecho les concede. En el dia, no es necesario citar á los acreedores y legatarios, porque pueden redargüir de diminuto el inventario, si supiesen que se habian omitido en él algunos bienes, puesto que ántes de hacerse la division se deducen los créditos contra el caudal, y de consiguiente no se les puede seguir perjuicio alguno de no citarlos.

2º Que presencien la formacion de inventarios, tres testigos de buena fama, vecinos del lugar en que se forme el inventario, mayores de toda escepcion, los cuales conozcan al heredero ó inventariante, vean lo que anoten, oigan y entiendan lo que se escriba, y autoricen con su firma lo que han presenciado y deben probar en todo tiempo con su declaracion. La firma deben darla conforme á la razon y espíritu de la ley de 29 de Noviembre de 1858 en su art. 700. Si se dudare de la validez del inventario ó de cualquier otro instrumento, porque los testigos lo impugnen, se tendrán presentes para resolver la duda, las siguientes reglas: 1ª, cuando todos los testigos los impugnan, no valen ni hacen fé; 2ª, si uno ó dos impugnan, y

Digitized by Google

tres ó mas confirman, se tendrá por válido, así el inventario como cualquier otro instrumento: 3ª, cuando en igual número lo aprueban unos y lo reprueban otros, debe prevalecer la parte aprobante, y en duda juzgarse por la validez del acto, teniendo presente que se da mas crédito á los instrumentales que afirman, que á los que niegan: 4ª, si el testigo que reprueba el instrumento hubiere sido puesto en él sin requerirlo por necesidad ó por precepto legal, basta esto para enervar ó destruir su fé, si los demas no deponen de positivo por él: y 5ª, si algunos de los testigos instrumentales dicen que no se acuerdan si presenciaron ó no el acto de la celebracion, en este caso no debilita su fé, porque nada afirman contra él ni nada niegan de su verdad.

3º Que se esprese en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se empieza y concluye, como se hace en cualquier otro instrumento; pues de lo contrario será nulo. La razon es, porque como para gozar el heredero del beneficio que le concede la ley para hacer el inventario, debe justificar haberlo principiado y concluido dentro del término legal, no podrá hacer la prueba si carece del dia, mes y año el inventario. Mas no es necesario individualizar las piezas de la casa en donde existen los muebles que cada dia se inventarien, y sí fijar la hora en que cada uno se principie y concluya á fin de regular las dietas y salarios.

4º Que el heredero firme el inventario, y si no sabe, lo haga por él un escribano; pero no obstante esta disposicion legal, lo que se observa en la práctica es, que el heredero inventariante firma en ellos, y si no sabe escribir, lo hace por él uno de los testigos, á su ruego, autorizando el acto el escribano de la comision. Ley 22, tít. 30 lib. 6 del Código.

5º Que el heredero jure ó proteste haber ejecutado bien y fielmente el inventario, protestando añadir cualesquiera otros bienes ó efectos que en lo sucesivo se descubran, pertenecientes al cuerpo de la herencia, aunque por falta de este juramento no se anulará el inventario, pues solo lo exige la ley para escluir la presuncion de haberse ocultado bienes, y para que si alguno alega ocultacion, tenga el cargo de

Digitized by Google

probarla. Por otra parte, hoy, segun la ley de tolerancia de cultos, nadie debe jurar, sino solo protestar el fiel desempeño de su deber.

6º Que el inventario se empiece y concluya en el término legal, esto es, dentro de los tres meses si existieren los bienes de la herencia en el distrito del pueblo donde falleció el testador, pues hallándose en otra jurisdiccion, puede el juez conceder un año á mas de los tres meses; debiendo advertirse, que el heredero tiene obligacion de empezar el inventario dentro de treinta dias, contados desde que supiere su nombramiento, los cuales se incluyen en dichos tres meses, segun la ley 5ª tít. 6 de la Part. 6ª

Estos son los requisitos fijados por la ley ó la costumbre y formulados y esplicados por Febrero en el cap. 1º tít. 1º trat. de los juicios de inventario y particion de herencias, tom. 4.º edic. de Paris, 1850. Casi en todo están de acuerdo con Febrero, Molina *de Primogenitura* lib. 1º cap. 28 y lib. 4º cap. 1º n. 24; Cancerii *Varias resoluciones* part. 1ª cap. 2 n. 1, y part. 3ª cap. 2; Murillo tom. 1º lib. 3 decret. tít. 26, núms. 253 y 254; Pichardo lib. 2º Institut. tít. 19 párrafo "Sed nostra benevolentia 7" fol. 299 edic. de 1618; Sigüenza trat. de cláusulas lib. 2º cap 11 fol. 325, edic. 1720; Carpio *De execut. testam.*; y otros muchos y muy respetables autores, cuya sola mencion haria este párrafo mas difuso; y por cuyo motivo, y por no ser necesaria, la omitimos.

PARRAFO VI.

¿Quiénes deben hacer inventarios?

Sabemos que los deberes, so pena de no serlo, necesitan ser posibles en su cumplimiento, y por lo mismo, proporcionados á las capacidades de aquellos á quienes obligan: ni puede concebirse siquiera cómo podian ser imposibles, en algun sentido, para el obligado, y que sin embargo lo estuviera. En estas razones se funda el axioma legal de "á lo imposible nadie está obligado." Apoyados en tales

Digitized by Google

razones y axioma, vamos á esplicar quiénes deben y, por tanto, pueden hacer inventario. Las personas que deben y pueden hacer inventario son las pertenecientes á cualquiera de las cinco clases siguientes: 1ª, el heredero, sea simple y absolutamente instituido, fiduciario ó fideicomisario; 2ª, el tutor ó curador; 3ª, el administrador de bienes agenos; 4ª, el prelado eclesiástico; 5ª, el fisco por medio de sus empleados; y en una palabra, todos los que tienen que dar cuenta de bienes que se les entregan para su administracion, conservacion y arribo; como el cónyuge viudo, el albacea, &c. Las leyes que así lo mandan quedan citadas en los puntos de esta obra que tratan de cada una de las personas á quienes hemos dicho ha sido impuesta la obligacion de inventariar. Por eso las omitimos aquí.

PARRAFO VII.

¿Cuáles son los efectos de los inventarios?

Por el inventario se presume que todos los bienes anotados en él, fueron de aquel por cuya muerte se hizo; aunque los efectos de esta suposicion recaen solamente en el que los puso ó los mandó poner; y contra éste, prueba de tal suerte, que aun cuando él ó su heredero aleguen ser suyos algunos de los bienes inventariados, no serán oidos, porque se juzga que el que lo ejecutó, los donó á la persona á cuyo favor se hizo; y por esto no se admite prueba en contrario. Por el hecho de inventariarlos, es visto confesó el inventariante haber sido de aquel en cuyo nombre los inventarió, y en consecuencia, no puede ir en contra de su propia confesion; ménos cuando en ésta existen todos los requisitos que para su valor exigen las leyes; entre los cuales se encuentra la ciencia cierta con que ha sido hecho el inventario. De otra manera los habria anotado al apuntarlos: al ménos así debe suponerse.

Pero la anterior doctrina tiene las cinco siguientes limitaciones: 1ª, cuando el que inventarió cosas suyas por hallarse entre las del

Digitized by Google

difunto, protestó al momento, que le pertenecian; y la razon es, porque léjos de poderse presumir la confesion y tener fuerza en contra del inventariante por la ciencia cierta que debe tener, la tiene contra la confusion de sus bienes con los del difunto; y apoyado en el inventario mismo donde consta tal protesta ó distincion puede reclamarlos, y probada su pertenencia, se le deben entregar: 2ª. cuando los bienes inventariados son inmuebles, ó cuando se acredita lo contrario por vista ocular, cuya prueba es superior á todas: 3ª, cuando gozando ó pudiendo tener el beneficio de restitucion, reclama esta misma restitucion por haberlos inventariado inconsiderada é imprudentemente. Esta regla solo tiene por fundamento las leyes romanas, y como éstas no están vigentes entre nosotros, pierde esta regla el carácter de ley, y si la admitiéramos como tal destruiriamos, por su pié, la donacion presunta de que ántes nos hemos ocupado: 4ª, cuando consta haber errado en la formacion del inventario y hubo justa causa para haberse errado, pues estos casos gozan del beneficio de la restitucion como los menores: 5ª, cuando los instrumentos legítimos y vista ocular, justifican no ser tantos los bienes, cuantos son los inventariados, y que por lo mismo deben abstraerse del cuerpo del inventario, los sobrantes, por ser suyos.

Los inventarios jamas prueban contra tercero, el cual, siempre que haga constar que son suyos algunos ó muchos de los bienes comprendidos en el inventario, debe ser reintegrado al momento, porque como no presenció su formacion ni fué citado para ella, no le puede perjudicar la confesion voluntaria y errónea ó maliciosa que hizo el heredero ó el que los formalizó; á la manera que un libro de cuenta y razon que tiene alguno, hace fé y tiene valor en contra de él, pero no en contra de un tercero. Ley última del tít. 18 Part. 3ª

CONCORDANCIAS.

Los efectos del beneficio de inventario, segun los artículos 802 del Código francés; 1,078 del holandés; 1,023 del sardo; 1,047 del de la Luisiana; 856 del español; y 719 del napolitano, son los dos si-

Digitized by Google

guientes: 1º, que el heredero solo queda obligado á lo que alcancen los bienes hereditarios; y 2º, que conserva íntegras todas las acciones que tenia contra los bienes del difunto.

PARRAFO VIII.

¿Es precisa la aceptacion de la herencia para que el inventario de ella tenga valor contra el heredero?

Dijimos en su respectivo lugar, que la ley concede á los herederos el derecho de deliberar y el de inventario para que se resuelvan á aceptar ó no la herencia; y esto basta para convencernos de que el inventario no incluye la aceptacion de la herencia, y que por lo mismo es indispensable ésta, para que aquel tenga autoridad y valor contra el heredero en este sentido; pero siempre lo tendrá en otro como en el de ocultacion de bienes, el de inclusion de los suyos propios sin espresion alguna que siquiera indique lo contrario de lo que aparece en esta tácita y presunta confesion, esto es, de que sean del testador, &c.

Mas oigamos á Febrero que sobre el particular se espresa así: "Por la mera formacion de inventario no se contempla aceptada la herencia; porque la aceptacion de la herencia es un hecho que no se presume, sino se prueba; y por consiguiente el que afirma que el heredero la aceptó, debe probarlo plena y concluyentemente; pues no bastan las presunciones, conjeturas, ni pruebas equívocas. Un heredero, por ejemplo, puede formalizar el inventario, no porque haya aceptado la herencia, sino con el único fin de cerciorarse de su valor, para deliberar si ha de aceptarla ó no; por cuya razon no debe presumirse su aceptacion por dicho acto. Pero si en el inventario se le llama heredero y lo consiente, y lo afirma, puede presumirse que lo es en efecto, aunque el escribano por sí le haya puesto este título. Esta doctrina tambien procede, á pesar de que sea cuan-

Digitized by Google

tiosa la herencia; si bien en este caso bastan menores pruebas; y se amplia igualmente á los hijos siempre que se trate de perjuicio suyo, pues tratándose de su utilidad se presumen herederos, á ménos que se justifique lo contrario." Febrero Novísimo por D. E. de Tapia, tom. 4º tít. 1º cap. 2º núm. 6 pár. 23, edicion de Paris año de 1850.

CONCORDANCIAS.

Por los artículos 713 del Código de Vaud; 1,090 del holandés; 980 del sardo; 820 del español; 692 del napolitano; 775 del francés; y 970 y 971 del de la Luisiana; la aceptacion y repudiacion de la herencia son actos libres y voluntarios.

Lo efectos de esta aceptacion ó repudiacion siempre se retrotraen á la muerte de la persona á quien se hereda, y ni la aceptacion ó repudiacion pueden hacerse condicionales ó parciales, ni la repudiacion impide á los que tengan derecho á porcion legítima el reclamarla. Artículos 1,093 del Código holandés; 987 del sardo; 694 del napolitano; 777 del francés; 821 y 822 del español; 980, 981 y 1,009 del de la Luisiana.

La herencia puede ser aceptada pura y simplemente, ó á beneficio de inventario segun los artículos 979 del Código sardo, 828 del español, 691 del napolitano, 774 del francés, 712 del de Vaud, y 1,090 del holandés.

Por los artículos 853 y 854 del Código español; 795 y 797 del francés; 712 y 714 del napolitano; 1,043 y 1,045 del de la Luisiana; 1,016 y 1,018 del sardo; 738 del de Vaud; y 1,071 y 1,072 del holandés; se dispone: que durante la formacion del inventario, y un mes despues de formado no se pueda molestar al heredero para que pague las deudas y legados del testador; y se concede al heredero el mismo mes contado desde el dia en que concluya el inventario, para que manifieste si acepta ó no la herencia. Así es que, segun los Códigos mencionados, es precisa la aceptacion de la herencia despues del inventario, para que éste tenga valor contra el heredero, ó lo que es lo mismo, para que el tal heredero quede obligado

Digitized by Google

á cubrir las deudas y legados solo con lo que aparezca del inventario. Esto confirma lo que hemos dicho en el párrafo ántes de citar á Febrero.

Finalmente: los artículos 800 del Código francés, 1,076 del holandés y 717 del napolitano, conceden al heredero aun despues de espirar los términos legal y judicial para deliberar, la facultad de hacer inventario y de ser heredero con este beneficio, si no ha hecho ya actos de heredero, ó si no ha recaido ejecutoria contra él en concepto de heredero puro y simple.

PARRAFO IX.

¿A qué queda obligado el heredero que ha hecho el inventario y en su vista aceptado la herencia?

En su lugar respectivo probamos la obligacion que tiene el heredero de pagar las deudas del testador, ya porque representa su persona y se trasfieren en él todas las acciones que competian á aquel, ya tambien porque el heredero, como asegura Muñoz de Escobar en su tratado de "Ratiociniis administratorum," capítulo 9 núm. 81 edicion de 1603, fól. 53, aceptando la herencia, cuasi contrae con los acreedores y legatarios la obligacion de pagarles; pero si hace el inventario segun queda espuesto, solo queda obligado á lo que alcanza la herencia, conforme á las leyes 5 y 7 tít. 6 Part. 6ª, pues el inventario en este caso se supone hecho con el objeto de saber si le conviene ó no al heredero aceptar la herencia. Y aunque pague primero las mandas que las deudas, de suerte que no le quedase mas que su cuarta Falcidia, no deben los acredores reconvenirle ántes que á los legatarios; y solo podrá ser reconvenido por lo que falte hasta completar el importe de su cuarta y nada mas. Lo mismo sucederá si ignorando que hubiese créditos privilegiados, paga ántes á otros que no gocen de dicho privilegio, pues la ignorancia en este caso no es causa de una obligacion, como quiera que no se sa-

Digitized by Google

bia su existencia, y la obligacion para ser cumplida, debe ser conocida y posible en su realizacion.

CONCORDANCIAS.

Por los artículos 1,047 del Código de la Luisiana, 1,078 del holandés, 1,023 del sardo, 856 del español, 729 del napolitano, y 802 del francés, el heredero solo queda obligado á lo que alcanzaren los bienes inventariados, siempre que para aceptar la herencia haya acojidose al beneficio de inventario, y por lo mismo conserva íntegras todas las acciones que tenia al morir el testador, contra sus bienes.

PARRAFO X.

¿En qué penas incurre el heredero por haber ocultado el todo ó parte de los bienes hereditarios?

Ya hemos espuesto la doctrina legal sobre este punto en el párrafo XII del capítulo tercero de esta parte, y por tanto, para economizar repeticiones supérfluas, nos abstenemos de volver á hablar sobre aquellas, pues solo por vía de método hemos tocado ahora este punto.

CONCORDANCIAS.

El artículo 792 del Código francés, castiga al que ocultó bienes de la herencia, con que pierda la parte que en ellos le debiera corresponder; y la misma pena imponen el 709 del napolitano, el 1,022 del de la Luisiana, el 1,110 del holandés, y el 1,008 del sardo.

El artículo 732 del Código de Vaud, manda que "los herederos que hayan sustraido ú ocultado algunos efectos de la herencia, pierdan la facultad de renunciar á ella y queden herederos puros y simples á pesar de la renuncia, *sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir.*"

Digitized by Google

El artículo 832 del Código español, impone dos penas al que sustrae ú oculta maliciosamente alguna de las cosas hereditarias: 1ª, la de obligarlo á las resultas de la herencia, por considerarlo como habiéndola aceptado; y 2ª, la de que hablan el núm. 2 del art. 437, y el núm. 1 del 452 del Código penal de España; esto es, con multas equivalentes al duplo de la cosa ocultada, y arresto mayor ó presidio correccional en su grado mínimo.

PARRAFO XI.

¿Ante qué juez y en qué lugar debe hacerse el inventario?

Debe hacerse el inventario en el lugar donde estaba domiciliado el testador al tiempo de su muerte, y ante el juez de dicho lugar, si se hace judicialmente aunque los bienes hereditarios se hallen en distintos lugares; pues en tal caso debe dicho juez espedir á instancia del heredero, requisitorias á las justicias en cuya jurisdiccion existan los demas bienes, para que los inventarien y le remitan originales las diligencias practicadas á dicho efecto, para unirlas á las hechas en su juzgado; y todo esto se entiende, segun Febrero, aun cuando el testador haya fallecido fuera del territorio de aquella jurisdiccion.

Pero si el difunto en lugar de uno tuviere dos domicilios sujetos á un comun soberano, pertenecerá la formacion del inventario al juez del pueblo en que haya fallecido que es competente no solo por razon del domicilio, sino tambien por la de su muerte. Pero si ésta no hubiere acaecido ni en uno ni en otro, deberá conocer del inventario y continuarlo, el juez de cualquiera de los dos que lo prevenga, á ménos que en uno de dichos domicilios hubiese vivido la mayor parte del año en que murió, en cuyo caso el juez del mismo lugar, y no el del otro, es quien debe tomar conocimiento. Esta doctrina debe entenderse aun cuando el testador sea militar ó ecle-

Digitized by Google

siástico. Pues como dice el Sr. Conde de la Cañada, "no hay ley civil ni entre los romanos la hubo, que determine que el inventario de los bienes de la herencia yacente, se deba hacer por el juez que fué del difunto."

"Tampoco hay ley que decida por regla general que la herencia represente la persona del finado para todos los efectos que serian propios del mismo testador."

El derecho romano y el nuestro á su imitacion, habian considerado al inventario ántes, como el mismo testador, por una série de ficciones caprichosas, estravagantes y ridículas, que solo servian para casos particulares, pero jamás como de regla general.

"Yo permitiria, dice el autor citado, para dar mayor convencimiento á la opinion de los que autorizan al juez eclesiástico para hacer el inventario de la herencia del clérigo difunto, que lo representase con toda la propiedad imaginable, y sin embargo, entenderia que aquellos bienes no gozaban del privilegio del fuero, y que lo habian perdido con la muerte de su poseedor."

El autor que venimos citando da por pruebas de las anteriores verdades, las siguientes: supone que el orígen del privilegio eclesiástico es la autoridad civil, lo que ciertamente es un error; pues los eclesiásticos son aforados por pertenecer á una sociedad distinta de la civil; la autoridad secular no ha criado sino reconocido dicho fuero, y ademas de reconocerlo lo ha garantizado. Tambien da como prueba que no hay otro título para poseer y gozar los bienes profanos, que el que nace de la potestad pública civil.... Esto nada prueba respecto de la eclesiástica ni ménos siendo como es falsa tal doctrina segun lo probamos en la primera parte de esta obra.

La razon mas toral para convencer de que los bienes aun de los eclesiásticos, deben ser inventariados por la autoridad civil, es: que los bienes particulares del eclesiástico no son de la Iglesia, y por lo mismo no gozan de fuero sino por el del propietario; luego muerto éste, cesa aquel en los bienes. No gozando ya el fuero, deben estar sujetos á la autoridad secular, salvos los casos en que deje por herencia bienes eclesiásticos, en cuyo supuesto, como no son suyos,

Digitized by Google

nada vale lo que teste sobre ellos. Pero esto no prueba mas que la razon, y nada contra la naturaleza. A pesar de todo, esta cuestion no tiene lugar atentas las leyes de reforma y con especialidad la de administracion de justicia, promulgada en 23 de Noviembre de 1855, hoy vigente en la República; y por las cuales no se reconoce tal fuero.

PARRAFO XII.

¿Qué debe tratarse en pos del inventario?

Los objetos del inventario son dos principales: el de que á su vista el heredero se decida á aceptar ó repudiar la herencia; y el de saber con certeza, haya ó no aceptacion, el monto de la herencia misma para así hacer la particion de ella, con cuanta igualdad equitativa se pueda, despues de pagadas las deudas. Por lo mismo despues del inventario, debemos ocuparnos de la tasacion y particion de los bienes inventariados.

CAPITULO CUARTO.

De la tasacion.

¿El inventario en que no se diga con precision y claridad el número, peso ó medida de lo inventariado, será válido? ¿cuando será mejor hacer la tasacion de los bienes? ¿qué es tasacion y cuántas son sus clases? ¿quién puede hacer la tasacion? ¿qué cualidades deben tener los peritos? ¿cómo deben hacer la tasacion? ¿pueden los peritos delegar su encargo? Todo lo demas relativo á tasaciones.

Examinarémos estas cuestiones en los párrafos siguientes.

Digitized by Google

PARRAFO I.

¿El inventario en que no se diga con precision y claridad el número, peso y medida de lo inventariado, será válido?

Son varios los autores que opinan que para que el inventario se diga rectamente formado, no es necesario que los bienes inventariados se estimen, numeren, pesen, midan, ni describan con todas sus circunstancias, sino que basta que consten en él. No obstante, creemos con Febrero, que será nulo el inventario cuando no se especifique con claridad y precision el precio, medida, número y calidad de los bienes; y así que no solo se han de inventariar en los términos espuestos, sino tambien apreciar, sin que obste cualquiera costumbre, ó por mejor dicho, cualquiera abuso que haya en contrario; porque sin la valuacion no se puede proceder á la particion, pues ni las fincas son iguales ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie y calidad, para que indistintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe.

Mas esta doctrina no tendrá lugar cuando el difunto dejó valuados los bienes que tenia, en cuyo caso no hay necesidad de repetir la tasacion, á no ser que se probare que padeció alguna equivocacion en ella, ó que por alguna causa no hubo la rectitud debida.

Esta doctrina de Febrero la hallamos fundada en las leyes 99 y 100 tít. 18 de la Part. 3ª que tal vez por distraccion no mencionó el autor de la edicion que hemos tenido á la vista.

CONCORDANCIAS.

De los códigos estranjeros, solo el español en su art. 849 manda espresarse en el inventario la tasacion de los bienes: que esta se haga por peritos nombrados uno por el heredero y otro por los acreedores y legatarios, si concurrieren, ó por el juez en otro caso; y que

Digitized by Google

si resultare discordia entre los peritos, el juez nombre un tercero para dirimirla.

PARRAFO II.

¿Cuándo será mejor hacer la tasacion de los bienes hereditarios?

Inventariados los bienes, debe procederse á su tasacion; aunque será mejor hacerla al mismo tiempo que el inventario; debiendo para ello ser citadas las partes, so pena de anularse el acto; á ménos que los mismos interesados dieren comision á peritos para que la ejecuten sin su asistencia ni citacion; ó si los hubieren elegido de unánime conformidad, en cuyo caso tampoco es aquella necesaria. Si la tasacion se hiciere al mismo tiempo que el inventario, bastará una sola citacion para entrambos actos; y si se ejecutare por separado, no se necesitan testigos como para el inventario, porque éstos son escusados en las declaraciones á cuya clase pertenece la tasacion. En la citacion debe ponerse la fecha, y señalar á las partes el dia y la hora en que se ha de hacer. Tal es la práctica.

Será mejor que la tasacion se haga al inventariar, no solo porque así se apreciarán mejor los objetos inventariados con vista del estado que guardan, sino tambien porque se economizará tiempo y aun gastos si, como es fácil, se consigue que inventarien los mismos peritos avaluadores, ó aun siendo personas distintas con solo que lo hagan en el mismo término, pues con solo esto ya se ganó el tiempo que en todos los negocios vale mucho.

PARRAFO III.

¿Qué es tasacion y cuántas son sus especies?

Tasacion, en general, es el aprecio ó avalúo que se hace de los bienes, regularmente cuando han de sacarse á pública subasta, ó

Digitized by Google

cuando han de distribuirse y adjudicarse á los interesados. Y tasacion de bienes hereditarios, es la valuacion que se hace de los bienes de una sucesion para distribuirlos entre los interesados con la debida exactitud y sin perjudicar á terceras personas como lo son los acreedores del difunto, ni á los mismos herederos. Estas son las dos especies de tasaciones que hay, y sus definiciones las que hemos dado.

PARRAFO IV.

¿Quiénes deben y pueden hacer las tasaciones?

El aprecio de los bienes inventariados, debe hacerse por uno ó varios de los peritos públicos destinados para este objeto; y no habiendo éstos, podrá hacerse por las personas inteligentes que elijan los mismos interesados; pudiendo éstos nombrarlos en el pedimento que presenten al juez, ó solo ante el escribano que entienda en la formacion del inventario. Esto se apoya en el objeto de la institucion de los peritos públicos y en la costumbre, que en vista de la imposibilidad de conseguir los primeros, cuando no los hay, ha autorizado, apoyada tambien en la necesidad de ellos para la tasacion, la introduccion de los peritos electos por las partes interesadas; y por eso dijimos que unas personas debian y otras podian hacer la tasacion de los bienes hereditarios.

Para evitar los abusos de estos tasadores, avaluadores ó peritos públicos, está el derecho concedido al testador por la ley 10 tit. 21 lib. 10 de la Nov. para facultar á "los albaceas, tutores ó testamentarios que señalen, para que formen los *aprecios*, cuentas y particiones de sus bienes, como sugetos imparciales, íntegros y de su total confianza, cumpliendo éstos despues con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo, para su aprobacion y que se protocolicen en los oficios del juzgado del juez ante quien se presentan."

Digitized by Google

PARRAFO V.

¿Qué cualidades deben tener los peritos para serlo?

Estos peritos deben tener: conocimiento en la materia, probidad, buena opinion y las demas circunstancias que se exigen para testigo mayor de toda escepcion. Al aceptar el cargo, deberán jurar que harán bien y fielmente la tasacion, á ménos que sean tasadores públicos, que hayan jurado, segun costumbre, al tomar posesion de su oficio, pues en tal caso no es indispensable que repitan el juramento. Tampoco tendrán necesidad de hacerlo cuando los interesados los elijan de comun acuerdo y los releven de él, ó para negocio extrajudicial, como amigos.

Por el art. 9º de la ley de 4 de Diciembre de 1860, sobre tolerancia de cultos, quedan abolidos todos los juramentos; y por lo mismo el de los peritos ya públicos ya particulares. Estos juramentos están sustituidos con la simple promesa de cumplir con su deber.

PARRAFO VI.

¿Cómo deben hacerse las tasaciones?

Los peritos deben ver y registrar todas las cosas que aprecien, tasándolas con separacion y no muchas por un precio, pues de lo contrario será este acto nulo. La valuacion ha de hacerse por el justo valor que á la sazon tengan las cosas, y no como se acostumbra para las subastas, apreciando los bienes en mas de lo que valen, para hacer la correspondiente rebaja. Este justo precio ha de arreglarse por la comun estimacion de los hombres, atendidos el tiempo en que se hace la tasacion, la costumbre del pueblo, las cualidades y cargos de las cosas, su abundancia ó escasez, &c.; y no debe hacerse con nimio rigor, principalmente en el juicio divisorio, en el

Digitized by Google

cual debe procederse con la mayor equidad, y con esta pugna el demasiado rigor, pues *summum jus, summa injuria.*

PARRAFO VII.

¿Pueden los peritos delegar su encargo?

No pueden los peritos delegar á otro su encargo ó comision, porque habiendo sido elegidos por sus cualidades personales, y jurado ó protestado que harán la tasacion segun su leal saber y entender, es claro que ellos y no otra persona, son los que deben ejecutarla: sobre todo ninguna ley les concede tal facultad. Solo podrán delegarlo cuando los interesados les faculten para ello; y entónces los delegados prestarán juramento ó protesta, si aquellos no los relevan de esta garantía y obligacion.

Hoy debe ser simple protesta, conforme á la ley de tolerancia religiosa; y por esto hemos hablado de juramento ó protesta, pues esta ha sustituido á aquel.

PARRAFO VIII.

De todo lo demas relativo á las tasaciones no nos ocupamos, por impedirnoslo el carácter elemental de esta obra; pero debe consultarse sobre esto á Escriche, Febrero, Murillo y Carpio, que son los que, con mas método, esplican todo lo relativo á tasaciones y particiones de que nos vamos á ocupar en el siguiente

Digitized by Google

CAPITULO QUINTO.

Division de los bienes hereditarios.

¿Qué es particion y cuál su objeto? ¿Cuántas sus clases? ¿Quiénes pueden hacerla? ¿Ante qué juez debe pedirse y hacerse la division? ¿De qué cosas puede hacerse la division y particion? ¿De cuántas maneras puede ser el juicio divisorio? ¿Qué son contadores y partidores? ¿Quiénes pueden serlo? ¿Qué circunstancias deben tener los contadores y partidores? ¿Pueden ser obligados á aceptar el cargo de partidores? ¿Cuáles son las facultades de los contadores? ¿Pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones? ¿Qué diligencias deben practicarse para proceder á la particion? ¿Quién puede nombrar á los partidores? En los siguientes párrafos examinarémos todas estas cuestiones.

PARRAFO I.

¿Qué es particion y cuál su objeto?

La ley 1ª tít. 15 Part. 6ª dice: que "Particion es departimiento que fazen los omes entre si, de las cosas que han comunalmente por herencia, ó por otra razon."

La particion se hace con el objeto de que sabiendo cada uno cuáles son sus bienes, los goce, custodie y disponga de ellos á su arbitrio como propietario, y se eviten las desgracias que de la falta de una buena division se originan. Ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad, comunicacion de bienes con otro, y por

Digitized by Google

esto no vale el pacto de subsistir siempre en ella, ni tampoco debe ser obedecido en esta parte el precepto del testador, porque la comunidad perpétua está prohibida por derecho, y nadie puede hacer que las leyes no tengan lugar contra su testamento. La particion ademas de ser el reparto de los bienes del difunto entre las personas á quienes corresponda, consta de dos partes: liquidacion y adjudicacion, de las que luego nos ocuparémos.

PARRAFO II.

¿Cuántas clases hay de particiones?

Oigamos sobre esto á Febrero y á Escriche que no discrepan en nada.

"La particion puede hacerse de dos modos, y éstos forman sus clases: 1º judicialmente, cuando por menor edad, ausencia ó incapacidad de algun heredero, se requiere una vigilancia especial y es necesaria por consiguiente la autorizacion del juez á fin de evitar perjuicios á los que personalmente no pueden precaverlos: y 2º; extrajudicialmente, ó sin intervencion del juez, la cual no es necesaria en los casos siguientes: 1º, cuando el testador deja hecha la particion, la que será válida, segun la ley 2 tít. 15, Part. 6ª, en la inteligencia de que si perjudicare á algunos de los herederos ascendientes ó descendientes en su legítima, deberá suplírsela ó completarse la que haya en ella; y 2º, siempre que el testador deje uno ó mas hijos menores de edad; y nombra en su testamento tutor que no sea partícipe en la herencia, ú otras personas de confianza, á quienes dá facultades para hacer el inventario, la tasacion y la particion, sin acudir al juez." Mas no obstante lo dicho por los citados autores, debe el juez revisar y autorizar todo lo relativo á la particion cuando hay menores, ó quienes gocen del privilegio de éstos: así lo ordena la ley 10 tít. 21 lib. 10 de la Nov. y la real resolucion á consulta de 26 de Abril de 1791 y consiguiente cédula del Consejo de Indias

Digitized by Google

fecha 20 de Enero de 1792. Molina, de primogenitura lib. 10 cap. 12 n. 5 dice: "*Ubi in quacumque scriptura vim ultimæ voluntatis obtinet.*" Mas como se ve de la ley de Part., ésta solo habla de la division que el padre haga de sus bienes en testamento.

PARRAFO III.

¿Quién puede pedir la particion?

Pueden pedirla todos y cada uno de los herederos ó partícipes del caudal mortuorio, siendo mayores de veinticinco años y teniendo capacidad legal para disponer libremente de sus bienes: pues por los menores é incapaces y demas á quienes está prohibida la administracion de ellos, han de pedirla sus tutores y defensores; debiendo nombrárseles al efecto, si no los tuvieren. Tambien puede pedir la particion, la viuda del difunto, aunque no sea heredera, para que se le satisfagan los gananciales y demas derechos que la pertenecen. Leyes 2ª tít. 15 Part. 6ª 1 y 8 tít 4º lib. 10 de la Nov. Recop. Con mas razon puede pedirla hoy, supuestos los derechos que la concede la ley de 10 de Agosto de 1857.

Igualmente puede pedirla el que pretende ser partícipe ó heredero, con tal que posea la herencia; pues si no la posee y se le niega la calidad de partícipe ó coheredero, no será admitido al juicio divisorio; debiendo ántes pretender en juicio ordinario, se le declare heredero, y conseguida esta declaracion, será admitido á la particion con los demas; y tal sucede y debe suceder, porque *prius est esse quam taliter esse.*

Segun Muñoz Escobar en el núm. 18 del cap. 3º de su tratado de "*rationiis administratorum*" tambiem los acreedores del finado y aun los de los herederos, pueden, para hacer efectivos sus créditos, pedir la particion de la herencia; pues de otra manera, fácilmente se podrian eludir estos pagos.

Digitized by Google

CONCORDANCIAS.

El Código francés en su art. 815; el sardo en el 1,038; el español en los 893 y 894; y el de la Luisiana en el 1,223, conceden á todo coheredero, que tenga libre administracion y disposicion de sus bienes, poder pedir en cualquiera tiempo la particion de la herencia. Igual cosa conceden á los tutores y curadores, para pedir y admitir la particion pedida por otro; pero entónces es necesaria la licencia del consejo de familia, que sea judicial la particion y que hayan precedido el inventario y tasacion de las fincas ó bienes que van á dividirse entre los coherederos del menor que representar; dicen los artículos 465 del Código francés; 261 del de Vaud; 342 del sardo; 238 del español; 388 del napolitano; y 463 del holandés.

Ni el marido sin el consentimiento de la mujer, ni ésta sin la autorizacion del marido, pueden pedir la particion de los bienes que la mujer heredare durante la sociedad conyugal; y si la piden los otros coherederos, deben dirigirse contra el marido y la mujer conjuntamente, dicen los artículos 818 del francés y 895 del español.

PARRAFO IV.

¿Quiénes pueden hacer la division?

Segun la ley 10 tít. 21 del lib. 10 de la Nov. R., pueden hacer estas particiones, todos los que pueden ser nombrados partidores, y estos son todas las personas á quienes por derecho se permite comparecer en juicio, tratar y contratar &c., pero tienen la precisa condicion de presentar su parecer al juez, para que, aprobado lo mande ejecutar. La práctica constante, apoyada en la ley 9ª tít. 21 lib. 10 de la N. que lo manda, hace que solo puedan ser nombrados partidores los abogados; con cuyo nombramiento se asegura notablemente, el interés de cada uno de los herederos; interés que está en la ver-

Digitized by Google

dadera inteligencia y observancia del derecho, lo que es peculiar del abogado. Mas esta ley no contradice á la ántes citada, pues ésta tiene por objeto conceder al testador la facultad mencionada, y la última, es decir. la 9ª tít. 21 lib. 10 habla del caso en que el testador no hubiere usado de la facultad de nombrar apreciadores de sus bienes, para cuyo caso manda recaiga este nombramiento en los abogados.

CONCORDANCIAS.

Por los artículos 1,225 del Código de laLuisiana y 899 del español, cuando el difunto hizo por acto entre vivos ó por última voluntad la particion de sus bienes, se pasará por ellaen cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos.

Por los artículos 900, 901 y 902 del Código español, se permite cometer en vida ó en muerte á otro cualquiera, con tal que sea uno de los coherederes, la facultad de hacer la particion, y que la puedan hacer todos los coherederos estando reunidos, presentes y conformes, y no habiéndola hecho el testador ni nombrado persona que la efectuase.

PARRAFO V.

¿Ante qué juez deben hacerse las particiones?

El juez ante quien los herederos pidieren la particion de la herencia, es el competente para "mandarla fazer en la manera que el entendiere ser mas guisada o mas a pro dellos." dice la ley 10 tít. 15 Part. 6ª, pero aquellos á quienes se les mandare practicar, no deben "nombrarlos para ningun artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que aquellos puedan determinar por el proceso; sino que solamente se nombren para en caso que consista en cuenta ó tasacion, ó pericia de persona ó arte," dice la ley 1ª tít. 21 lib. 10 de la Nov. Recop.

No obstante que, segun la ley de Part. es juez competente para la particion de la herencia, el á que ocurren los herederos, nosotros

Digitized by Google

creemos que éstos deben presentarse al juez del lugar en que están situados los bienes por dividir; porque así se facilita su avalúo, realizacion, adjudicacion &c., con toda equidad; se evitan la mayor parte de los inconvenientes que lo contrario trae; y el no ménos grande de competencias, ó al ménos demoras perniciosísimas consiguientes á las requisitorias que serian precisas para no usurpar jurisdicciones ni invadir territorios estraños y donde por el juez que entrara, tal vez se careceria de jurisdiccion sin embargo de lo dispuesto por la ley de Partida, y supuesta la division de juzgados hecha por nuestras leyes. Por lo mismo creemos tambien que si los bienes se hallan en distintos territorios, se ha de solicitar su particion ante el juez de aquel en que esté la mayor parte de los mismos; pero si el juez del lugar donde estuvo domiciliado el difunto, y á quien corresponde el conocimiento del inventario, hubiere intervenido en éste, á él debe pedirse y ante él debe hacerse la particion como perteneciente al mismo negocio. El mismo juez, debeconocer tanto de la particion como de la adjudicacion de la herencia; sean ó no aforados, el que pide ó el contrario á quien se pide por las mismas razones que espusimos hablando, sobre inventarios, y en consecuncia peor el mismo derecho. Leyes del tít. 21 lib. 10 de la Nov.

CONCORDANCIAS.

La aprobacion judicial que debe recaer en toda particion de herencias, debe ser otorgada por el juez del último domicilio del difunto, si allí estuviese la mayor parte de sus bienes raices, ó por el de donde éstos estuvieren, segun los articulos 1 012 del Código sardo y 906 del español.

PARRAFO VI.

¿De qué cosas debe hacerse la particion y division?

Puede hacerse la division, segun la ley 2 tít. 15 de la Part. 6ª de todas las cosas propias del difunto, aunque en ellas tengan parte por

Digitized by Google

otro título sus herederos, y sobre las cuales pueda contratarse; mas si entre los bienes hereditarios hubiere escritos prohibidos, venenos y otros efectos nocivos y perjudiciales, no deberán partirse, sino recogerse por la autoridad correspondiente para hacer de ellos lo que prescriben las leyes. Si entre los bienes del difunto, hubiere algunos robados ó mal adquiridos, tampoco se han de dividir, sino que los herederos deben restituirlos á sus dueños; y si alguno de los herederos probare que son suyas ciertas cosas que señale, no se deberán incluir en el jucio divisorio, pues la materia de éste son los bienes del difunto, y no los de otras personas.

PARRAFO VII.

¿De cuántas maneras puede ser el juicio divisorio?

El juicio divisorio puede ser unas veces ordinario, y otras sumario, segun el asunto de que se trate. Si el sugeto contra quien se pide la particion, negare, al que la pretende, la calidad de heredero, se ha de proceder en juicio ordinario, para que se declare si es ó no tal heredero; y segun fuere esta declaracion, se le admitirá ó no al juicio divisorio. Si por el contrario, confesare el demandado al que pretende la particion, corresponderle la calidad de heredero, procederá sumariamente el juez, mandando á todos los partícipes en la herencia, que nombren contadores para verificar dicha particion, designándoles para ello lugar y tiempo.

La accion con que se pide la division de la herencia, le llamaron los romanos *familiæ erciscundæ*, que es mista segun Escriche. Lo mismo asientan el Dr. Villadiego en su Politica y práctica judicial cap. 8 núm. 58 fol. 315 edic. de 1,720; Suarez de Paz, tom. 3 cap. 1 párr. 6º fol. 13 y 14 edic. de 1,790; y Minsingeri década 7ª edic de 1,584.

Digitized by Google

PARRAFO VIII.

¿Qué son contadores y partidores?

Contador es la persona nombrada por el juez competente, ó por el mismo interesado, para liquidar alguna cuenta; y en la materia que nos ocupa, es la persona que, bajo el nombre de contador ó partidor, es nombrada para la liquidacion, adjudicacion, y en resúmen, para la particion de una herencia entre los herederos.

PARRAFO IX.

¿Quiénes pueden ser contadores partidores?

En el párrafo 4º de este capítulo hemos dicho quiénes pueden y deben hacer las particiones, y en consecuencia ser nombrados contadores-partidores. Ahora solo añadirémos, que pueden nombrarse uno, dos, tres, y aun mas contadores-partidores. Uno solo lo será cuando habiendo varios herederos, estén acordes en esto; mas si no lo estuvieren, puede cada heredero nombrar su contador-partidor; pero para que esto suceda, es indispensable que cada heredero sea llamado por sí á la herencia, y no en representacion de otros. En el supuesto de la pluralidad de contadores-partidores, si éstos discordan entre sí, puede el juez de oficio segun la ley 9ª tít. 21 lib. 10 de la Nov., nombrar un tercero en discordia, ó compeler á los herederos á nombrarlo, para evitar las desavenencias que suelen suscitarse entre los interesados; y aunque de tres contadores se conformen dos, se dará no obstante traslado á las partes, bien para que se conformen, ó para que digan de agravio; en cuyo caso se les oirá en juicio ordinario, como dijimos en su lugar; no debiendo por consiguiente el juez, aprobar la particion hasta que las partes hayan ale-

Digitized by Google

gado sus respectivos derechos, y justificado los agravios que aseguren habérseles causado. Este derecho lo tienen aun en el caso de ser hecha la division por el mismo testador, pero con perjuicio de los derechos de los herederos forzosos ó legitimos.

PARRAFO X.

¿Qué circunstancias deben tener los contadores-partidores, para poderlo ser?

Ni la ley, ni los autores, fijan con precision estas circunstancias; pero tanto de la primera como de los segundos, pueden inferirse las dos siguientes: ciencia legal y matemática, y conciencia. Suponed un contador sin conciencia ó sin conocimientos matemáticos ó legales, y vereis cómo se esterilizan, con la falta de uno de estos requisitos, los medios de que pretenda usar, para llenar el objeto de su mision La poca ciencia matemática puede subsanarse con rectificar el error en materias de contabilidad; pero tal vez, no sucede lo mismo en las legales; y por cierto que son perjudiciales estos conocimientos, léjos de ser útiles, siempre que no van basados en el recto uso de las intenciones, sentimientos é inclinaciones, y en una palabra, cuando no tienen por regla la moral del individuo, su conciencia. Esto no quiere decir que á los contadores se faculte para resolver las cuestiones de derecho que originarse puedan, pues ademas de que esto sería absurdo y ridículo, está prohibido por la ley 1ª tít. 21 lib. 10 de la Nov. como vimos en el párrafo 5º de este capítulo.

PARRAFO XI.

¿Pueden los contadores-partidores ser obligados á aceptar el cargo?

"Estos dice Febrero, no pueden ser compelidos á aceptar el cargo; pero una vez aceptado, puede obligárseles á que lo evacuen,

Digitized by Google

puesto que lo que al principio es voluntario en su admision, es en su aceptacion obligatorio conforme á derecho, salvo si en contra se alegase justa causa." Todo esto se apoya, en que lo que espontáneamente se promete por derecho se debe: aquí, lo que se promete en el hecho de admitir el nombramiento de contador, es el fiel y concienzudo desempeño de este encargo, y por tanto, por derecho se debe evacuar, y hay derecho para pedir, entre otras cosas, el castigo de los contadores-partidores morosos ó de mala fé, torpes é ignorantes, cuyas penas son distintas y proporcionadas á la clase de sus culpas. La accion que hay en contra de ellos, se llama *contrarii mandati.*

PARRAFO XII.

¿Cuáles son los derechos y obligaciones de los contadores-partidores?

Oigamos en estos puntos á Febrero. "Como toda division de bienes, [segun lo dicho en el párrafo primero de este capítulo] consta de dos partes, á saber: liquidacion y adjudicacion, puede ocurri la duda de si los contadores están solamente autorizados para liquidar, y no para adjudicar á cada interesado lo que le corresponda. Pero en atencion á que en el hecho de nombrarlos las partes, se entiende que les dan comision para todo, é igualmente lo hace el juez cuando interviene y aprueba el nombramiento, es claro que tienen facultad para ejecutar tanto la liquidacion, como la adjudicacion." He aquí las facultades y los deberes, de los contadores-partidores Con esto se espedita el arreglo final de las testamentarías, y se economizan gastos á los interesados. Mas ¿cuál es la recompensa de este trabajo? Por los artículos 1º y 3º del cap. 9º del Arancel de costas y honorarios aprobado por la Suprema Corte de justicia de la Nacion en 12 de Febrero de 1840, dispone que: "Los contadores-partidores de herencias, por el exámen de todos los documentos é instrucciones, y formacion de cuentas de division y particion del caudal hereditario, cobrarán por razon de derechos, el seis

Digitized by Google

por ciento de su importe, cuando pasare de cien pesos y no esceda de mil. Si pasare de esta cantidad, pero no de la de diez mil, llevarán á mas de los derechos anteriores, el dos por ciento de lo que escediere de los dichos mil pesos. Cuando el importe del caudal pase de diez mil pesos, y no de cincuenta mil, cobrarán á mas de los derechos antecedentes, el uno por ciento de la cantidad que esceda de diez mil pesos. Pasando el caudal de cincuenta mil pesos, y no de cien mil, llevarán el medio por ciento de la cantidad que esceda de los dichos cincuenta mil pesos á mas de los derechos regulados anteriormente. Y si el caudal escediere de cien mil pesos, sea cual fuere su monto, cobrarán el cuarto de peso por ciento, de lo que importe este esceso á mas de los derechos que quedan designados."

"En el caso de que por las particulares circunstancias de alguna cuenta, que no sean comunes ni frecuentes en las de su clase, impendan los espresados contadores, un trabajo muy estraordinario, podrán convenirse con las partes, sobre el aumento que deba hacérseles á los derechos asignados; y en caso de no avenirse, el juez decidirá en términos de justicia sin que en ninguno de estos dos casos, pueda esceder este aumento de la mitad de los derechos señalados en los anteriores artículos."

Segun el artículo 2º del citado capítulo: "Para el cobro de los derechos que espresa el artículo anterior, no se imputará en el caudal, el importe de los dotes y deudas que se hayan de pagar inmediatamente; pero deberán computarse los demas capitales que quedan impuestos sobre los bienes divididos y adjudicados á los interesados."

PARRAFO XIII.

¿Puede compelerse á los contadores-partidores á hacer las adjudicaciones?

Una de las facultades, y tambien uno de los deberes de los contadores-partidores, es la adjudicacion, pues es uno de los objetos de

Digitized by Google

su cargo. Hemos visto en el párrafo undécimo, que aunque los dichos contadores no pueden ser compelidos á aceptar el cargo, una vez admitido por ellos, sí puede obligárseles á que lo evacuen; y como para conseguir esto, es indispensable que adjudiquen á los interesados, la parte que en la herencia les toque, por ser uno de los objetos del repetido cargo de contador, es claro clarísimo: 1º, que tienen facultad para hacer dichas adjudicaciones; y 2º, que es un deber de los contadores, hacer las repetidas adjudicaciones. Y como los deberes cuya infraccion es nociva á un tercero, y de cuyo cumplimiento pende tal vez su bienestar, su porvenir y actual suerte, pueden ser exigidos por éste, es igualmente claro, que los contadores, conforme al objeto de su cargo y á la recta razon, pueden ser compelidos á hacer las adjudicaciones; pues como hemos dicho, es su deber, y en su cumplimiento está interesado el bien de un tercero, así como el de la sociedad á que pertenecen.

PARRAFO XIV.

¿Qué diligencias deben practicarse para proceder á la particion?

Para proceder á la particion, deben practicarse las siguientes diligencias: despues de nombrados los contadores, se les remite el inventario, tasacion y demas documentos, relativos á la herencia. Enterados que sean de ellos, deben hacer con toda claridad y fidelidad, presupuestos de lo que resulte de todo por órden cronológico, espresando en el último, cuanto importa el caudal, y cual fué el modo de dividirlo, para que los interesados sepan lo que se tuvo presente, que motivo hubo para su distribucion y deduccion; en qué términos se hicieron, y si fueron ó no arreglados; y vean en sus hijuelas ó adjudicaciones, los fundamentos en que afianza la division, y si se les ha perjudicado ó no en su haber.

Los presupuestos, aunque no son de esencia de la particion, ni por su defecto se anula, son sin embargo muy convenientes, porque

Digitized by Google

dan clara instruccion de todo. Despues de los presupuestos, debe formar el conjunto del caudal, poniendo su totalidad por clases y por mayor, sin copiar el inventario, por ser esto inútil; bastando á los interesados saber á cuanto ascienden los bienes que se van á repartir, qué es lo que les toca y en qué especie; y de este modo se evitarán gastos infructuosos, que siempre deberán economizarse á no ser que haya un especial motivo para lo contrario.

Formado el cuerpo del caudal en los términos espresados, se harán de él las deducciones correspondientes, como en la sociedad convencional se hacen para saber si hay utilidad ó pérdidas; para saberlo es indispensable separar préviamente del todo del caudal, los bienes capital ó fondo que cada uno de los socios puso, ó su importe y las rentas en su intermedio adquiridas; porque de otro modo es imposible averiguar si hay ó no gananciales. Los contadores deben tener muy presente la ley 9 tít. 6 lib. 10 de la Nov. que prohibe sacar las mejoras de las dotes y demas donaciones que deben colacionarse, pues de otra manera habria nulidad y mil disputas.

Allanadas todas las dificultades procederá á hacer la particion el contador mas moderno, dice Febrero, pasándola luego en borrador al otro; y si éste no se conforma en un todo con ella, la variará ó modificará de comun acuerdo. Luego que estén convenidos, se pondrá en limpio y la pasarán al juez cuando sea necesario que éste interponga su autoridad, ántes de dar la cual, correrá traslado á los interesados; y si éstos quieren decir de agravios, los oirá en juicio ordinario, pero si nada espusieren en contrario, dentro de tercero dia aprobará la particion, mandando entregar á cada uno el testimonio de su adjudicacion y haber, con arreglo á los presupuestos.

"Aunque el juez ordinario, continúa el citado autor, no puede enmendar y revocar su sentencia despues de pronunciada y publicada, por estarle prohibido á causa de haber cesado sus facultades y acabádose en aquel juicio su oficio, no se estiende esto á los nuevos contadores, quienes, hayan sido nombrados de oficio ó á instancia de parte, pueden enmendar el error por ellos cometido, y reformar su parecer para evitar controversias, porque la comision que les dieron

Digitized by Google

debió evacuarse perfectamente; y aunque no se haya manifestado así en el nombramiento, se entiende tácitamente. No obstante, la enmienda ha de hacerse ántes que el juez apruebe la particion, pues una vez aprobada no se les permite ya hacer variacion alguna, por cuanto espiraron su oficio y facultades."

A esta doctrina debemos agregar, que la aprobacion judicial de las cuentas de division y particion, es un fallo definitivo; y éste, una vez notificado, no puede ser revocado, añadido, quitado ó anulado en cosa alguna, segun el art. 569 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, salvo en materia de aclaracion que no altere la sustancia del mismo fallo, conforme al art. 428 de la misma ley.

PARRAFO XV.

¿Quiénes pueden nombrar los contadores-partidores?

De lo dicho en todos los anteriores párrafos, se colige perfectamente quiénes tienen tal facultad. Por esto, y evitando supérfluas redundancias, no nos ocupamos mas de esta materia. Pasemos adelante. Examinemos en el capítulo siguiente qué bienes pueden traerse á colacion, é igualmente hablarémos de los reservables en el capítulo sétimo, penúltimo de esta parte.

CAPITULO SESTO.

Colacion de bienes.

Lo dicho hasta aquí nos da una idea bastante clara de lo que conviene y es menester tener presente para, conforme á la ley, á la justcia y á la razon, dividir una herencia entre los herederos del finado. Réstanos solo para completar esta materia, esplicar qué es lo que de-

Digitized by Google

be traerse á colacion, para con ello efectuar la particion. Para conseguirlo investigarémos ¿qué es colacion? ¿cuál el motivo porque tratamos de ella? ¿cuándo y en qué casos debe hacerse la colacion de bienes? ¿en qué casos no deberá llevarse á cabo? ¿de cuántos modos puede hacerse la colacion de bienes? ¿qué circunstancias son necesarias para que tenga lugar la colacion? ¿quiénes están obligados á hacerla? ¿quiénes no lo están? y ¿qué bienes deben colacionarse? Lo conseguirémos en los párrafos siguientes.

PARRAFO I.

¿Qué es colacion é imputacion de bienes, en qué se diferencian y cuáles son sus efectos?

Segun Escriche, en su Diccionario de Legislacion, edicion de Guim, fól. 449, palabra "colacion de bienes," Acevedo en la ley 3 tít. 8 lib. 5 R. Gómez en la ley 29 de Toro, Febrero de Tapia tomo 4º cap. 5º pár. 2 pág. 236 edicion de 1850, y Llamas y Molina en los números 3, 36, 37, 38 y 39 de su comentario á la ley 29 de Toro, que es la 3 tít. 8 lib. 5 de la R. y 5 tít. 3 lib. 10 de la Nov.; segun estos autores, repetimos, la colacion "es la comunicacion ó agregacion que los herederos legítimos hacen á la herencia ó cuerpo del caudal paterno ó materno, de los bienes que sus padres les dejaron al morir."

La imputacion, segun Llamas y Molina en el lugar citado, es "el derecho ó accion que le compete al hijo que ha recibido una porcion menor que la de su legítima, para pedir que se le supla y complete lo que falte, tomando en cuenta lo que el padre le habia dejado por su testamento."

"Se diferencian la imputacion y la colacion no solo en sus efectos, sino en su causa y orígen. Ya se ha dicho que la colacion se introdujo para remediar y precaver el agravio é injuria que recibian los

Digitized by Google

hijos que estaban en la potestad de los emancipados, cuando venian éstos á dividir la herencia de sus padres en virtud de la posesion de los bienes *contra tabulas* que les daba el pretor. La causa de la imputacion no tanto obra en beneficio de los hijos como de los padres, pues en realidad se dirige á mantener y conservar el testamento de éstos, porque usando aquellos del remedio de la querella de *inofficioso testamento*, conseguirian igualmente el todo de su legítima por medio de la imputacion."

"Los efectos de ésta son conservar y mantener los testamentos de los padres sin perjuicio de las legítimas de los hijos, de que se infiere que la imputacion solo puede tener lugar en la sucesion ex testamento. Antes de la Novela 115, capítulos 3, 4 y 5, bastaba para que los hijos no pudieran usar de la querella de inoficioso testamento, el que los padres les hubiesen dejado alguna cosa por cualquier título que fuese, como se convence del pár. 3 y 6 de la Instit. de *inofficioso testamento:* pero despues dispuso Justiniano, por la espresada Novela, que la porcion que los padres dejasen á sus hijos habia de ser por título de herencia para libertarse de la querella de *inofficioso testamentam.* de forma que ya no basta el dejarles legados, fideicomisos, donaciones *mortis causâ*, ó de las otras de que habla el citado párrafo 6º de las Instituciones, sino que única y precisamente ha de ser con título de herederos."

"Los efectos de la colacion, son, como se ha dicho, impedir la injuria y perjuicio que los hijos emancipados causaban á los que estaban en la potestad cuando venian á dividir la herencia de sus padres, en virtud de la posesion de los bienes *contra tabulas* que les daba el pretor, y posteriormente por las constituciones de los príncipes, los efectos de la colacion se dirigieron á establecer la igualdad en la division que habian de hacer los hijos de los bienes del padre. Como por la posesion los bienes *contra tabulas* que daba el pretor á los emancipados se rescindia el testamento, se seguia por una consecuencia, que la colacion solo tenia lugar en la sucesion ab intestato; pero posteriormente por el capítulo 6 de la Novela 18, dispuso Justiniano que en la sucesion ex testamento tambien pudiese usarse de

Digitized by Google

la colacion. Esta no tenia lugar cuando los hijos sucedian con herederos estraños, á diferencia de la imputacion que aun en este caso era admitida para conservar íntegra la legítima de los hijos. Aun hay otra diferencia muy notable entre la colacion y la imputacion, reducida á que todas las cosas que se imputan en la legítima se colacionan, pero no todas las que se colacionan se imputan en la legítima."

PARRAFO II.

¿Cuál es el motivo porque tratamos de la colacion de bienes, y cuál el objeto de ésta?

Dúdase por algunos escritores si los gastos ó donaciones hechas por los padres de familia para dar estado á su hijos ó carrera militar ó literaria, deben por éstos ser traidos á colacion é imputárseles en la parte de su legítima; pretestando aquellos escritores ignorar, por el silencio del testador, si éste hizo tales gastos como unas donaciones simples ó como adelantos de las legítimas; y asegurando que por esta duda no puede saberse si aquellos bienes gastados con los indicados objetos son ó no colacionables. Estas dificultades suscitadas por dichos autores, á quienes negamos la existencia de ellas, concediéndoles tan solo que por sus pretensiones para sostenerlas han dado motivo á innumerables pleitos que disminuyen notablemente ó concluyen del todo las herencias; la esposicion de las razones en que nos apoyamos para sostener que no deben existir tales difultades; el deseo de evitarlas, como los inmensos males que de ellas resultan; y finalmente, llenar en cuanto nos es posible los huecos que de otra manera quedarian sobre esta importante materia, son los moitvos que nos han impulsado á estudiar lo relativo á colacion de bienes.

Al hablar en su respectivo lugar de los objetos de la patria potestad, vimos que lo son la crianza, conservacion, educacion y establecimiento de los hijos. Es consecuencia de esto, que todo lo que

Digitized by Google

los padres gastaren en cumplir con estos deberes de su patria potestad onerosa, no debe sacarse de los bienes que los mismos padres dejaron á sus hijos, porque de lo contrario éstos serian los que tendrian el deber que solo fué impuesto á los padres á quienes únicamente ha sido concedida por el Sér de los séres la patria potestad. De esto se infiere: 1º, que no hay cuestion si se atiende á los principios de derecho y se les aplica rectamente á la materia que nos ocupa: 2º, que si la hay es emanada solo de la confusion de ideas que reina en algunos autores: 3º, que por lo mismo esta confusion solo puede tener orígen como la de idiomas en Babel, en el orgullo, con la diferencia empero, de que en Babel el orgullo produjo la confusion y ésta humilló el orgullo, miéntras que á los autores citados su orgullo los ha confundido y su confusion los ha enorgullecido mas: 4º, que los gastos referidos no deben rebajarse de la legítima de los hijos: y 5º, que lo espuesto basta para evitar se difundan tales errores tan trascendentales y cuyos efectos son tan funestos.

La colacion tuvo por objeto la igualdad entre los hijos, pues se presume haber sido ésta lo voluntad del difunto si no manifestó lo contrario: y aun cuando esto sea, no comprende las legítimas, pues éstas por la naturaleza y por la ley, deben siempre ser iguales.

La equidad de la colacion es manifiesta, nos dice la ley 1ª tít. 6 lib. 37 del Dig. en estas palabras: *hic titulos* (de collatione) *manifestam habet æquitatem*, y por esto (nos dice el Sr. Goyena en la seccion 1ª capítulo 2º del tomo 2º de su obra de las concordancias de los Códigos) ha sido adoptada en todos ellos.

PARRAFO III.

¿Cuándo y en qué casos debe hacerse la colacion?

La colacion debe hacerse en tres casos, muera testado ó intestado el donante: 1º cuando el testador ascendiente mandó espresa ó terminantemente al hijo ó hija que la hiciese de lo que les habia da-

Digitized by Google

do: 2º, cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fué que los bienes que habia donado se colacionasen: y 3º, cuando se duda si el padre lo quiso ó no, pues entónces, segun varios autores, debe presumirse que quiso mas bien anticipar al hijo en vida su legítima, que ser liberal con él, induciendo desigualdad entre los demas.

Todo esto que es mandado por nuestro derecho, confirma la verdad de lo que dejamos espuesto en el párrafo anterior, en que se trata si deben ó no colacionarse los gastos hechos en crear, educar y establecer á los hijos, y no de las donaciones que por otros motivos y con objetos distintos les habia hecho el testador ántes de ser tal testador.

PARRAFO IV.

¿En qué casos no deberá hacerse la colacion de bienes?

No deberá hacerse la colacion, dice Febrero, si el padre la prohibiese espresamente; debiéndose esto entender siempre que segun nuestro derecho no escedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatario por su legítima y mejora, pues habiendo esceso deberá hacerla del importe de éste y restituirlo. No se imputarán por legítima ni mejora las donaciones ó gastos que tengan por objeto ir á la guerra, ó estudiar ó seguir otra carrera de honor y útil á la familia y al Estado, pues éstos están escentos de la colacion. Esto lo probamos en el párrafo segundo, y lo demas de la doctrina de Febrero lo ordenan las leyes 26 y 29 de Toro, ó 10 tít. 6 y 5 tít. 3 lib. 10 de la Nov. R. que no cita el autor.

CONCORDANCIAS.

El ascendiente de cuya herencia se trate, puede disponer de la colacion, salva siempre la legítima, pero la dispensa debe ser espresa. Sin embargo, lo dejado en testamento se entiende escento de la

Digitized by Google

colacion, si el testador no dispusiere lo contrario, quedando en todo caso salva la legítima.

El padre no está obligado á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado á su consorte por el suegro ó suegra, aun cuando el donante disponga espresamente lo contrario. Así lo ordenan espresamenta los artículos 15 del Código bávaro cap. 3º lib. 1; 843, 847 y 849 del francés; 1,132 y 1,135 del holandés; 762, 766 y 768 dèl napolitano; 1,070, 1,072 y 1,167 del sardo; 769 y 772 del de Vaud; 882 y 883 del español; y 1,309 y 1,317 del de la Luisiana.

PARRAFO V.

¿De cuántos modos puede hacerse la colacion de bienes?

Los principales son tres: primero, por manifestacion, esto es, presentando el donatario la misma cosa que percibió si existe y puede colacionarla: segundo, por liberacion, tal sucede cuando se le prometió la cosa y aun no la recibe: y tercero, por imputacion, esto es, contándole en su haber la cosa colacionable á fin de que perciba de la herencia el tanto ménos que importa aquella; y esto se hace por causa de no poderse manifestar, ya por no existir, ó ya por carecer de facultad para manifestarla, como sucede con la dote de que está posesionado el marido, pues la mujer se halla imposibilitada de verificar la manifestacion de tal dote.

PARRAFO VI.

¿Qué circunstancias son necesarias para que tenga luga? la colacion de biencs?

Segun Escriche en su Diccionario de Legislacion anotado por Guim, palabra "colacion de bienes" son necesarias las circunstan-

Digitized by Google

cias siguientes: "primera, que el que pide la colacion y le á quien se pide sean hijos ó descendientes legítimos del difunto: segunda, que vengan á suceder como herederos y no como legatarios ó fideicomisarios: tercera que los bienes colacionables, y cuya colacion se pretende, procedan del patrimonio de la persona á quien se hereda: cuarta, que estos mismos bienes se hayan recibido por el donatario, en vida del difunto y no despues, por vía de legado ó fideicomiso: quinta, que á los hijos y descendientes entre quienes se ha de verificar la colacion, se les deba su legítima: y sesta, que el hijo ó descendiente á quien se pida la colacion quiera ser heredero, pues si renunciare la herencia no estará obligado á colacionar lo recibido; bien que si escediere la legítima y mejoras de tercio y quinto, ha de restituir el importe del esceso." Así lo dispone la ley 5ª tít. 3 lib. 10 de la Nov., y no la 5ª tít. 10 lib. 3 del mismo libro que cita el mencionado Diccionario.

PARRAFO VII.

¿Quiénes están obligados á hacer la colacion de bienes hereditarios?

Lo están los hijos, nietos y demas ulteriores descendientes, en los casos, del modo y bajo las condiciones espuestas en los anteriores párrafos.

Entre los romanos fué introducida la colacion para que los hijos emancipados, viniendo á heredar al padre por la posesion de los bienes contra el testamento, no fuesen de mejor condicion que los constituidos bajo la patria potestad. Simplificado despues por Justiniano el órden de las sucesiones, se simplificó tambien la colacion, limitándola á los bienes profecticios, pasando en silencio los ascendientes y colaterales.

Las leyes 3 y siguientes tít. 15 Part. 6ª, tampoco hablan sino de hermanos é hijos del difunto, es decir, de descendientes, guardando sobre los otros el mismo silencio que el derecho romano. Las

Digitized by Google

leyes recopiladas hacen mencion espresa de hijos y descendientes. Ley 9 tít. 6 lib. 10 de la Nov. R., que es la 15 de Toro.

CONCORDANCIAS.

El Código francés en su art. 843, impone la necesidad de colacionar á todos los coherederos sin distinguir líneas, y ha sido copiado en los 762 del napolitano, 1,132 del holandés, 769 del de Vaud, y 15 del bávaro cap. 3 lib. 1º Por el contrario, el Código sardo en sus artículos 1,067 y siguientes, el de la Luisiana en los 1,313 y 1,314, y el prusiano en el 313 tít. 2 parte 2ª, restringen la colacion á los descendientes.

PARRAFO VIII.

¿Quiénes no están obligados á hacer la colacion de bienes?

Los hijos no lo están en los términos que espresan los dos siguientes casos: primero, cuando el testador instituye por heredero á un hijo suyo en la legítima, y á sus nietos, hijos del mismo, de uno ú otro ó ambos sexos, en los demas bienes. En este caso no tiene lugar la colacion entre el hijo y nietos, ni entre éstos porque los nietos no vienen como hijos para este efecto sino como estraños, dice Febrero, entre los cuales no se admite la colacion; y segundo: cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida, la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les hicieron, y los nietos de éstos por haber recibido poco ó nada de sus padres repudian la herencia, contentándose con la del abuelo ó abuela donantes que murieron despues de sus padres.

CONCORDANCIAS.

El artículo 885 del Código español, declara que: "El padre no está obligado á colacionar en la herencia de sus ascendientes lo do-

Digitized by Google

nado á sus hijos por aquellos, ni el esposo ó la esposa lo donado á su consorte por el suegro ó suegra, aun cuando el donador disponga espresamente lo contrario. Están de acuerdo con lo dicho, los artículos 847 y 849 franceses; 1135 holandés; 766 y 768 napolitanos; 1317 de la Luisiana; 1070 y 1072 sardos; y 772 de Vaud.

PARRAFO IX.

¿Qué bienes deben colacionarse, y cuales no?

En esta materia como en casi todas las de nuestro derecho, en vista de lo negativo, se conoce lo afirmativo; y atento lo prohibitivo se sabe lo preceptivo y lo permisivo. Así es que, sabiendo qué cosas no deben ser colacionadas, estarémos al tanto de las que lo deben ser.

Conforme á la justicia, á la piedad natural, y aun á la ley civil, en los gastos relativos á la crianza, conservacion, educacion y establecimiento de los hijos, se incluyen los hechos en su curacion, y no deben por lo mismo colacionarse. "E aun cuando enfermare, las cosas que fueren menester para cobrar su salud. Ca todas estas cosas son menester para la vida del ome;" dice la ley 5, tít. 33, Part. 7ª, y estos no deben colacionarse.

El derecho romano habla del caso de estudios, y establece que los gastos hechos en éstos sean imputables al hijo cuando el padre lo quiso y no cuando los hizo por piedad, mas esto es lo que se presume en caso de duda segun varios autores.

Por el mismo derecho romano no era colacionable el peculio castrense; y se comprendia en éste lo que el padre daba al hijo para ó por razon de la milicia.

La ley 5 tit. 15 de la Part. 6ª, está conforme con las disposiciones romanas que acabamos de mencionar, pero mas racional y justa que ellas, concede, que los gastos hechos por el padre en los estudios y libros que al efecto necesitan los hijos, estén escentos de la colacion, como lo son los relativos á la milicia. "E esto es porque

Digitized by Google

los caualleros quando toman armas, e los otros que aprenden las sciencias, non fazen esto tan solamente por pró de sí mesmos, mas aun por pro comunal de la gente e de la tierra en que viuen."

Conforme á las leyes 2, párrafo 2, tít. 6, lib. 37; 20 párrafo 3, tít. 1, lib. 36; y 7, párrafo 16, tít. 3, lib. 24 del Digesto; si la cosa donada ó dada en dote pereció ó se deterioró, inculpablemente, la pérdida ó deterioro no son de cargo de la mujer ó donatario *vir autem bonus non est arbitraturus conferendum id quod nec habet nec dolo, nec culpa desiit habere*, y por lo mismo no deben imputarse en la colacion.

Por derecho romano no debia la mujer traer á colacion la dote ó parte de ella, que sin culpa ó negligencia suya, no pudo cobrar del marido pobre; y por las leyes 7, tít. 2, lib. 5 de la R., 8 tít. 4, lib. 10 de la Nov. y 16 de Toro; debe traer la mujer á colacion, lo que el marido la dejare en su testamento; pero esto y su mitad de gananciales debe entregársela por los herederos de aquel sin disminucion alguna.

Por las leyes 1ª, párrafos 12 y 13, tít. 6 lib. 37 del Digesto, y Novela 97 cap. 6; y 3 y 4 tít. 15 de la Part. 6ª, se manda que: "Todas las cosas que el fijo ganare en mercaderia con el auer de su padre seyendo en su poder, todas las deue aduzir a particion con los otros bienes que fueron de su padre, e partirlas con los otros hermanos. Otro sí dezimos, que la dote, o el arra, o la donacion, que el padre diere en casamiento a alguno de sus fijos, se deue contar en la parte de aquel a quien fue dada; fueras ende, si el padre dixesse señaladamente, quando gela daua, o en su testamento, que non queria que gela contassen en su parte. E esto ha logar, quando los hermanos tan solamente heredan los bienes de su padre, o de su madre. Mas si otro estraño fuesse establescido con ellos por heredero, estonce las ganancias sobredichas, o las donaciones, o dotes que fuessen dadas a los hermanos, non las deuen meter en particion con los estraños, nin las deuen contra en parte con ellos."

Igualmente deben colacionarse las dotes y donaciones *propter nuptias*, é imputarse primero en la legítima, y luego en las mejoras

Digitized by Google

de tercio y quinto por su órden, Así lo dispone la ley 3, tít. 8, lib. 5 de la R., 5 tít. 3 lib. 10 de la Nov., y la 29 de Toro; salvas las cosasde que habla dicha ley.

La última de las dos citadas leyes de Partida dice que: "En su vida faziendo donacion el padre a su fijo que estuuiesse en su poder, si despues non la reuocare fasta su muerte, este fijo aura la donacion que de esta guisa le fuere fecha, libre, e quita: e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la particion, fueras ende, si el padre ouiesse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa, segund dize en la ley ante desta. Ca, si este fijo atal quisiesse contar a los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre les fiziera en razon de casamiento; estonce dezimos, que sea otrosi contado en su parte la donacion que el padre fizo a el en su vida. E esto es, porque se guarde egualdad enrte ellos. Pero si el padre fiziesse tan grand donacion al uno de sus fijos, que los otros sus hermanos non pudiessen auer su parte legitima, en lo al que fincasse, dezimos, que estonce deuen menguar tanto de la donacion, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legítima que deuen auer."

Aunque por la ley 3, tít. 8 lib. 5 de la R., que es la 5ª tít. 3 lib. 10 de la Nov., y 29 de Toro, deben los hijos traer á colacion y particion las dotes y donaciones que hubiesen recibido de sus difuntos padres, no deben sacarse de ellas las mejoras de tercio y quinto, segun dispone la ley 9, tít. 6, lib. 5 de la R., que es la 9 tít. 6 lib. 10 de la Nov. y 25 de Toro; sino que ántes bien, la donacion hecha al hijo, debe imputarse primero en la mejora de tercio, luego en la del quinto, y finalmente en la legítima, segun la ley 10 tít. 6, lib. 5 de la R., que es la 10 tít. 6 lib. 10 de la Nov. y 26 de Toro. De estas disposiciones resulta, que el legislador quiso se conservaran estas donaciones, tales como fueron hechas por el donante; y para que así fuese, prohibió por una parte que de ellas se sacase el todo ó parte de las mejoras del tercio y quinto, y mandó por otra, que las referidas donaciones se computasen primero en el tercio, luego en el quinto y finalmente en la legítima. Mas una y

Digitized by Google

otra disposicion, consideradas bajo este aspecto, nos parecen demasiado injustas: la que prohibe se saque de las repetidas donaciones el todo ó parte de las mejoras de tercio y quinto, porque además de que con éstas se perjudica notablemente la legítima de los hijos, segun demostramos en el capítulo 6º de la 2ª parte de esta obra, doblemente se perjudica con no poder sacar de tales donaciones la parte ó el todo de dichas mejoras; lo que equivale á que, ó haya dos mejoras de tercio, ó dos de quinto, ó ambas en el caso de que á uno de los hijos hayan sido hechas tales donaciones, y á otro dejadas tales mejoras; ó á que sean ilusorias ya las donaciones, ya las mejoras, en el supuesto de que á un mismo hijo sean hechas unas, y dejadas las otras; ó á que este solo hijo, ó el mejorado y el donatario, sean los únicos que absorvan, cuando no el todo, sí la mayor parte del caudal hereditario; y en todos estos supuestos, resultan doblemente disminuidas las legítimas de los demas herederos. La disposicion por la cual se previene, que las tan repetidas donaciones, se computen primero en las mejoras de tercio y quinto, y luego en la legítima, no nos parece ménos injusta que la anterior; porque, ó bien se destruyen con esta computacion los derechos adquiridos por los hijos donatario y mejorado cuando sean distintos, ó bien cuando sea uno solo el mejorado y donatario, éste será el que con las mejoras de tercio y quinto perjudique la legítima de los demas coherederos, segun hicimos ver en el citado capítulo 5º de la 2ª parte de esta obra. Estas razones son tambien suficientes para desvanecer las que Muñoz Escobar espone en el capítulo 1º números del 1 al 10, de la computacion 1ª de su tratado de "Ratiociniis administratorum," y tienen por objeto sostener la ley que prohibe computar el todo ó parte de las mejoras de tercio y quinto en las donaciones hechas por los ascendientes á sus descendientes y que éstos deben traer á colacion.

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos del 884 al 892; el francés en los del 839 al 868; el holandés en los 1143 y 1838; el de la Lui-

Digitized by Google

siana en el 1331; el de Vaud en el 778; el sardo en 1081; el napolitano en el 771. y el bávaro en los números del 15 al 21 del art. 15 cap. 3 lib. 1º, disponen, salvas pequeñas diferencias: que no deben colacionarse los gastos hechos por el padre en la crianza, conservacion, educacion, establecimiento y salud de los hijos, las cosas donadas ó dadas en dote, pero sí el valor de ellas tenido al tiempo de hacerlas; el deterioro posterior de la dote ó donacion, con ó sin culpa, porque en ambos casos es de cuenta del donatario, quien tomará de ménos en la masa hereditaria, cuanto de más recibió en la dote ó donacion; y si esto no lo pudiere entregar ó recibir, segun el caso, en dinero, lo entregue ó reciba en bienes equivalentes por su precio, y que sean de la misma naturaleza, especie y calidad, en cuanto sea posible: que los frutos é intereses sujetos á colacion, no se deben á la masa hereditaria, sino desde el dia en que se abrió la sucesion, sirviendo de regla para tasarlos, las rentas ó réditos de los bienes de la masa hereditaria y que sean iguales á los donados: que habiendo sido inmuebles los bienes donados, estando enagenados por los donatarios, y escediendo por su valor del haber del donatario, pueden sus coherederos repetir contra el tercer posedor, pero solo por el esceso, prévia escusion de los bienes del donatario: y que aun cuando los herederos no esten conformes en lo que alguno debe traer á colacion, se irá adelante en la particion, asegurando previamente con fianza, depósito ú otro equivalente, el derecho reclamado por aquellos.

Digitized by Google

CAPITULO SETIMO.

Bienes reservables.

¿Qué son bienes reservables y en qué se distinguen de los profecticios y adventicios, y de los del cónyuge supérstite? ¿Cuál es la causa de la introduccion de las reservas y qué tiempo deben durar? ¿Quiénes pueden reservar los bienes reservables y cuáles son éstos? ¿Qué garantías puede y debe prestar el cónyuge viudo cuando reserva los bienes de los hijos de uno de sus matrimonios y administra los profecticios y adventicios de los mismos hijos? ¿A quién pertenece la propiedad de los bienes reservados y por cuánto tiempo? He aquí las cuestiones que ocurren sobre la materia de este capítulo y que tratarémos en los siguientes párrafos.

PARRAFO I.

¿Que son bienes reservables y en qué se distinguen de los adventicios y profecticios y de los del cónyuge supérstite?

Las propiedades que el cónyuge supérstite adquiere del premuerto ó de los hijos de ambos, habidos en su matrimonio ó legitimados con éste, y que á la muerte del viudo deben ser de la esclusiva pertenencia de ellos; son y llamamos bienes reservables. Lo mismo entienden por bienes reservables las leyes 23, tít. 11 de la Part. 4ª; 26, tít. 13 de la Part. 5ª; 4ª, tít. 1º lib. 5 de la R.; 7, tít. 4º lib. 10 de la Nov.; y 15 de Toro.

Estos bienes no deben confundirse en manera alguna, con los que pertenecen á los hijos por herencia de la madre ó del padre premuerto

Digitized by Google

y de que hablan las leyes 24, tít. 13 de la Part. 5ª; 1ª, tít. 8º y 12, tít. 6º lib. 5 de la R.; 1ª y 8ª, tít. 20, lib, 10 de la Nov.; y 6ª y 28 de Toro.

Tampoco se deben confundir por el cónyuge supérstite, ninguno de tales bienes, con los gananciales habidos en el matrimonio y capitales llevados á él, y de los que hablan las leyes 1, 2, y 3, tít. 3, y 10 tít. 4 lib. 3 del Fuero Real; 2, 3, 4, 5 y 6, tít. 9, lib. 5 de la R., 1, 2, 3, 5 y 6, tít. 4, lib. 10 de la Nov.; y 14 de Toro.

Respecto de los bienes reservables, el cónyuge supérstite es, permítasenos la espresion, una especie de propietario ó heredero fiduciario, que aunque á diferencia de éste puede enagenar tales bienes, tiene por esto los suyos afectos ó hipotecados á favor de los hijos para quienes debe reservarlos y que en cierto sentido y con poca exactitud de que usamos solo para fijar un tanto las ideas, llamamos en esta parte herederos fideicomisarios: y por esto dichos hijos, si hubieren sido enagenados tales bienes á la muerte del padre que se los debió reservar, tienen derecho á repetir contra sus bienes por el valor de los reservados; y hasta que éstos no estén cubiertos no pueden heredar los hijos que el reservante hubiera tenido en su segundo ó ulteriores matrimonios, ó con el carácter de naturales despues de haber enviudado ó ántes de haberse casado con el cónyuge hoy difunto.

Los bienes que el hijo adquiere directamente por parte paterna y se llaman profecticios, y por la materna ú otro título y son llamados adventicios, se distinguen de los reservables en que respecto de ellos, el cónyuge supérstite que los administra, solo tiene el usufructo. Se distinguen ademas en que no pueden ser enagenados por el administrador de ellos, padre de sus dueños; y en que, si los enagenare, los hijos á quienes pertenecen, no solo tienen derecho á cubrirse con los bienes del enagenante, sino, lo que es mas, tienen el derecho de recoger tales bienes de la persona en cuyo poder se hallan.

Por lo que hace á los bienes que el cónyuge supérstite hubiere llevado al matrimonio, ó adquirido durante éste con la calidad de bienes gananciales, los hijos del matrimonio en que hubieren sido

Digitized by Google

introducidos ó adquiridos tales bienes, no tienen ninguno de los derechos que anteriormente mencionamos; y bien por el contrario el cónyuge supérstite tiene libertad de hacer de dichos bienes lo que quiera, segun las leyes en su lugar citadas; aunque á nuestro juicio, no existe, ó al ménos no debe existir tan absoluta libertad, cuando ménos para no impedir con ella la realizacion ó la manera de hacer efectivas las responsabilidades que por administracion y reservacion de bienes, pueden resultar al cónyuge que sobrevive.

PARRAFO II.

¿Cuál es la causa de la introduccion de las reservas y qué tiempo duran?

Las leyes 3ª y siguientes del tít. 9 lib. 5 del C.; 2 tít. 5 lib. 4 de Fuero Juzgo, y las demas citadas en el párrafo precedente, han establecido la reservacion de bienes, con objeto de normar y garantir los derechos adquiridos por los hijos á los bienes del padre premuerto y que les deben ser entregados al fallecimiento del viudo. Por esto, carece de fundamento, en nuestro concepto, la razon que, segun pretenden varios autores, tuvo el legislador para introducir la reservacion de bienes; á saber, vengar la ofensa que se imaginan hace el cónyuge supérstite al finado, contrayendo nuevas nupcias. No es esta pretendida injuria la causa de la introduccion de las reservas y así lo persuade, primero, la refleccion de que en tanto se reservan ciertos bienes, en cuanto á que forman ó deben formar parte de la legítima paterna ó materna de los hijos del matrimonio en que fueron adquiridos aquellos; y por lo mismo la causa que el legislador ha tenido para establecer tal legislacion, ha debido ser y ha sido reglamentar y garantir la adquisicion, conservacion y goce de tales propiedades: segundo, la de que la ofensa que se dice hace el cónyuge viudo al finado ó á su memoria, ni existe ni puede existir, porque á nadie se puede ofender con un acto realizado de acuerdo con

Digitized by Google

las leyes divinas y humanas, cual lo es el matrimonio legítimo: y tercero, la de que ni el legislador para espedir sus leyes, ni éstas para merecer tal nombre, deben tener por objeto, ni por fundamento mas que la justicia que constituye á unas y determina al otro á darlas; justicia que no existiria si se tratara de la satisfaccion de una mezquina y corrompida pasion; y justicia que sí existe en el reconocimiento, norma y garantía de los derechos de los hijos.

Por lo que hace á los bienes adventicios ó profecticios de los hijos, que administra el cónyuge superviviente durante la menor edad de aquellos, les deben ser entregados cuando legalmente concluya la causa de la administracion que es el ejercicio en esta parte de la patria potestad; y tal sucede cuando los hijos se emancipan y van á formar una nueva sociedad conyugal ó toman otro estado como el del sacerdocio, ó cumplen la edad necesaria para ser personas *sui juris* y quieren independerse.

PARRAFO III.

¿Quiénes pueden reservar los bienes reservables y cuáles son éstos?

De lo dicho en los párrafos anteriores se colige que el cónyuge viudo es quien puede, pues debe, reservar á sus hijos habidos en su anterior matrimonio los bienes reservables de que hemos hablado en el párrafo primero de este capítulo. Que el cónyuge superviviente debe reservar tales bienes, lo dictan la razon y la naturaleza y lo persuade la prudencia. En efecto: si el cónyuge que sobrevive es el padre, como que continúa siendo el gefe de dicha familia como lo fué durante el matrimonio, no hay razon para que no pueda con tal carácter seguir custodiando y administrando los bienes que, á su muerte, deben pertenecer á sus hijos habidos en el matrimonio en que son adquiridos tales bienes; y bien por el contrario, las garantías que á tal reservacion prestan el amor y la esperiencia de un padre, y la desmoralizacion que cundiria entre los hijos con la descon-

Digitized by Google

fianza manifestada á su padre, son motivos muy suficientes para que éste haga tal reservacion. Siendo la madre el cónyuge supérstite, tambien es la única que debe hacer la reservacion de bienes, no solo porque lo dicen las leyes citadas en el párrafo primero, sino tambien porque, á falta del marido, es el único gefe de la familia, y se encuentra por lo mismo en igualdad de circunstancias á las en que se hallaria su finado esposo, si fuese el viudo.

Tanto el padre como la madre superviviente tienen ademas de la obligacion de reservar los bienes reservables y la de administrar los demas pertenecientes á los hijos, sean adventicios ó profecticios; tiene el supérstite, repetimos, el estrecho deber de inventariarlos todos, clara, distinta y minuciosamente, conforme á la ley 6 párr. 1 tít. 9 lib. 5 del Cod.

La ley de 10 de Agosto de 1857 en su artículo 10, solo habla de la reservacion que debe hacerse de dos porciones hereditarias quedando la viuda embarazada y con hijos para el caso de que los póstumos fueren dos; y manda que si solo fuere uno, se reparta proporcionalmente la porcion reservada sobrante entre el póstumo nacido y los demas herederos de que habla la mencionada ley. Mas como ésta en su art. 71 dispone que: "todo lo concerniente á las formalidades con que se hayan de otorgar los testamentos y seguirse los juicios de inventarios, lo relativo á legados, fideicomisos, particion, imputacion y colacion en la legítima, y cualquiera otro punto conexo con la materia de sucesiones, que no se encuentra resuelto en esta ley, se decidirá con arreglo á las vigentes al tiempo de su promulgacion;" es incuestionable que están vigentes las leyes ántes citadas.

Por lo que hace á saber cuales son tales bienes nos referimos al párrafo primero anterior en que lo esplicamos.

CONCORDANCIAS.

De los Códigos estranjeros que hemos tenido á la vista, los únicos que tratan de la reservacion de bienes son: el sardo en sus artículos del 146 al 148, y el español en los suyos, desde el 800 has-

Digitized by Google

ta el 814. El sardo dispone que el que tenga hijos de su primer matrimonio debe reservarles *la propiedad de lo que haya recibido del difunto esposo á título de regalo, en virtud de convenciones matrimoniales, ó por donaciones, instituciones ó legados.* Que la propiedad de los bienes ántes designados, pasa, no obstante toda renuncia general y sin distincion de sexo, á los hijos del primer matrimonio ó sus descendientes, con tal que sobrevivan al padre ó á la madre vinubos, aunque no sean sus herederos ni del padre ó de la madre ántes muertos: sin embargo, si uno de los hijos habia sido justamente desheredado por el difunto, su porcion acrece á los otros hijos del primer matrimonio. Pero si el heredero fuere el único hijo ó descendiente que hubiere sobrevivido; adquiere la propiedad de los mencionados bienes, á pesar de su desheredacion. Finalmente, dice el mismo Código sardo, que la disposicion de los artículos anteriores no es aplicable al caso en que el difunto esposo haya declarado espresamente en las capitulaciones matrimoniales, ó por acto de última voluntad, que el sobreviviente conservará la propiedad de los tales bienes, aun cuando repita matrimonio.

Los artículos del Código español dicen: "El viudo ó viuda que pase al segundo matrimonio, estará obligado á reservar á sus hijos ó hijas y descendientes legítimos del primer matrimonio, la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte, por testamento, donacion, ú otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima; pero no su mitad de bienes gananciales."

"La reserva tiene lugar, aunque el difunto consorte haya autorizado al que le sobrevive para repetir matrimonio, y aun cuando éste haya sido contraido con anuencia de los hijos del primero: tiene tambien lugar aunque el padre ó la madre hayan vuelto á enviudar ó muera en tal estado."

"Cesa la obligacion de la reserva, cuando los hijos del primer matrimonio y mayores de edad, espresamente renunciaren tal derecho de reserva, y en las donaciones que hicieren á su padre ó madre supérstite, sabiendo que habia vuelto á casar."

"Cesa tambien la obligacion de la reserva, si al morir el padre ó

Digitized by Google

la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos legítimos ó descendientes del primero aunque existan sus herederos."

"El hijo desheredado justamente, pierde todo derecho á la reserva; pero si tiene hijos ó descendientes legítimos, será representado por ellos."

"El viudo ó viuda, al contraer segundo matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos á reserva."

"Las enagenaciones de los bienes reservables muebles, hechas ántes ó despues de contraer segundo matrimonio, son válidas."

"El viudo ó viuda al repetir matrimonio, deberá asegurar con hipoteca: 1º, la restitucion de los bienes muebles no enagenados, en el estado que tuvieren; 2º, la devolucion del precio que recibió por los bienes muebles enagenados ó el valor que tenian al tiempo de la enagenacion si ésta se hubiere hecho á título lucrativo; 3º, la devolucion del precio de los bienes muebles consumidos ántes ó despues de repetir matrimonio; 4º, la devolucion del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiere enagenado ántes de repetir matrimonio; y 5º, la buena administracion de los bienes inmuebles no enagenados."

"Las diligencias de inventarios, tasacion y constitucion de hipoteca, se practicarán con intervencion de los interesados en ellas."

"No pudiendo dar hipoteca el viudo ó viuda, se observará lo dispuesto en el art. 450, es decir, el propietario dispondrá se arrienden tales bienes inmuebles, y que se vendan los muebles."

"Lo mismo hasta aquí dispuesto, para el segundo matrimonio, se observará en el tercero y ulteriores."

"El viudo ó viuda que, durante su viudedad, tuviere un hijo natural y lo reconociere ó se declarare judicialmente que lo es, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva."

Digitized by Google

PARRAFO IV.

¿Qué garantías puede y debe prestar el cónyuge viudo que reserva los bienes reservables para los hijos de uno de sus matrimonios y administra los profecticios y adventicios de los mismos hijos?

Nos hemos resuelto á tratar esta cuestion, para marcar la diferencia que hay entre los cónyuges, en la materia de que nos ocupamos, segun el supérstite sea el esposo ó la esposa. Esta diferencia consiste, en que cuando el cónyuge viudo es el marido, no debe afianzar la reserva de los bienes reservables ni la administracion de los profecticios ó adventicios mencionados; miéntras que sí debe hacerlo la mujer, porque no siendo administradora de ellos y no teniendo en ninguno de los matrimonios que contraiga, la independencia necesaria para hacer, cuando lo crea conveniente ó fuere de justicia, la debida separacion y distribucion de los relacionados bienes, puede con esto, aunque sin intencion, y aun á pesar de su voluntad, perjudicar los intereses de los dueños de tales bienes; para evitar lo cual se exige la fianza.

Ante todo debemos distinguir en el cónyuge supérstite dos tiempos: primero, el que dure en estado de viudedad: y segundo, el en que contraiga nuevo matrimonio. Durante el primer tiempo, sea el varon ó la mujer el cónyuge supérstite, es incuestionable que no tiene obligacion legal de afianzar ni la reservacion de bienes, ni su administracion y la de los profecticios ó adventicios; pues segun la ley, suficientemente lo están ambas cosas, con no poderse enagenar tales bienes y con la hipoteca tácita que de los del cónyuge viudo existe á favor de los de los hijos de su anterior matrimonio, para el caso de que algunos sean enagenados.

En el segundo tiempo, esto es, en el que el cónyuge supérstite contrae nuevo matrimonio, si el viudo que se va á casar fuere la

Digitized by Google

mujer, dicen las leyes 26 tít. 13 de la Part. 5ª, 7 tít. 4 lib. 10 de la Nov. y 15 de Toro, que debe afianzar todos los bienes de sus hijos con los suyos propios y con los del nuevo marido hasta que haya nuevo guardador ó curador de los menores.

Sin embargo de lo dicho, como las mencionadas leyes solo se ocupan del caso en que los bienes reservables y los profecticios ó adventicios sean enagenados por el cónyuge viudo, ya permaneciendo tal ó ya volviéndose á casar; como nada dicen de si el mismo cónyuge viudo debe ó no afianzar la administracion de los relacionados bienes durante su estado de viudedad; sobre si siendo el cónyuge supérstite el marido y volviéndose á casar, quedan ó no los bienes de su nueva mujer afectos á los hijos del primer matrimonio del marido, como lo están los del nuevo marido á los hijos de su actual mujer habidos en el anterior matrimonio de ésta; sobre si siendo el cónyuge superviviente el marido, casándose nuevamente y continuando como debe con la administracion de los bienes de los hijos habidos en su anterior matrimonio, debe ó no afianzarla; sobre si, obtenida por la viuda que vuelve á casarse, dispensa de la ley 5ª tít. 16 de la Part. 6ª que la prohibe en tal caso continuar con la tutela y administracion de los bienes de sus hijos habidos en su anterior matrimonio, debe ó no afianzar dicha administracion; y ni sobre lo que debe hacerse cuando el cónyuge viudo haya habido uno ó mas hijos naturales durante su estado de viudedad: como, repetimos, nada dicen tales leyes, somos de sentir que en la que se diere en la materia, convendria declarar algo sobre lo dicho; y que miéntras tal disposicion existe, podemos opinar de la manera siguiente. Sea cual fuere el cónyuge supérstite no puede ni durante su viudedad ni durante su posterior matrimonio, enagenar los bienes profecticios ó adventicios y reservables á los hijos del anterior, pues atacaria la propiedad actual de los hijos, y por esto lo prohiben las leyes citadas. Creemos que durante el tiempo del estado de viudedad del cónyuge supérstite, séalo el varon ó la mujer, debe afianzar no solo la conservacion de los bienes adventicios ó profecticios y de los reservables á los hijos de su anterior matrimonio; sino tambien, la buena ad-

Digitized by Google

ministracion de todos ellos: y lo creemos así, porque no comprendemos cómo tan solo por ser el viudo, el padre ó la madre de tales hijos pueda ya enagenar ó ya mal administrar dichos bienes. Si los puede enagenar, ¿cómo pueden los hijos reclamarlos aun siendo los adventicios ó profecticios? ¿pueden los hijos deshacer lo hecho por el padre ó la madre? ¿puede ésta ó aquel, por serlo, engañar á la persona que les compre tales bienes, vendiéndole una cosa que al fin le ha de ser quitada por el verdadero propietario que lo es el hijo? éste, por solo serlo, ¿puede ser privado de su propiedad? Si el viudo es el verdadero propietario de los bienes adventicios ó profecticios, ¿cómo se titula de tal al hijo de su anterior matrimonio? y ¿cómo se faculta al hijo para que pueda recojer dichos bienes de poder de la persona á quien legalmente fueron vendidos por el verdadero propietario que era el viudo? Si éste no es el propietario ¿cómo se le faculta para que con el simple carácter de administrador venda los bienes administrados? Si no es mas que administrador de ellos ¿por qué no asegurar la buena administracion? Qué, ¿por ser padre puede, con pretesto de administracion, derrochar ó abandonar, y con esto perder los bienes de los hijos? Por lo que hace á los bienes reservables decimos lo mismo que de los anteriores, porque desde el momento en que tales bienes existen con tal carácter, ó son de la esclusiva propiedad del viudo, ó de la esclusiva de los hijos del matrimonio de éste, ó del viudo durante su existencia y despues de su muerte de la propiedad de los hijos que hubo en el matrimonio por que fueron adquiridos tales bienes. Si los bienes reservables son de la esclusiva propiedad del cónyuge viudo, no hay razon para llamarlos reservables; no hay motivo para reservarlos; y no hay causa legal para que los hijos puedan pagárselos á la muerte de su padre ó madre superviviente con los bienes particulares de éste; ni ménos cuando para esto seria necesario que el reservante de tales bienes no hubiese enagenado los suyos propios tácitamente hipotecados para seguridad de las reservas; lo que atacaria la libertad del propietario ó burlaria la esperanza del que debia recibir á su muerte tales bienes. Si estos son verdaderamente reservables y por lo

Digitized by Google

mismo, si son de la esclusiva propiedad de los hijos, el cónyuge viudo no puede enagenarlos porque atacaria el derecho de propiedad y aun la propiedad de derecho que sus hijos tienen á tales bienes. Y si éstos son de la propiedad del cónyuge viudo miéntras que viva, y al morir lo han de ser de la de los hijos del matrimonio en que se adquirieron tales bienes, aunque puede enagenarlos el cónyuge viudo miéntras que viva, debe asegurar de una manera mas satisfactoria que la exigida por las leyes, que aunque los enagene durante su existencia, al terminar ésta han de venir efectivamente á la propiedad de los hijos para quienes fueron reservados. De otra manera seria indispensable se declarase por la ley, que la propiedad de los bienes reservables pertenece esclusivamente al cónyuge viudo durante su existencia, de tal manera que pueda hacer de ellos lo que quiera; pero que si los hubiere conservado hasta el tiempo de morir, y durante su viudedad hubiere tenido hijos ilegítimos, ó vuelto á casar los hubiere tenido legítimos, ni á unos ni á otros les corresponden como herencia ni con calidad de alimentos, los bienes reservados; y que en este caso dichos bienes vendrán á pertenecer á aquellos hijos para quienes fueron reservados, es decir, á los habidos en el matrimonio durante el cual fueron adquiridos.

La misma razon que hay para que siendo la mujer el cónyuge viudo, al volverse á casar queden sus bienes y los de su nuevo marido afectos á los de los hijos de su anterior matrimonio, existe para que tanto los bienes del padre viudo como los de su nueva mujer, queden afectos á los hijos anteriores. Porque, aunque es verdad que la mujer viuda y vuelta á casar no es la que ha de administrar dichos bienes sino su nuevo consorte, y por lo mismo tiene este como administrador las responsabilidades consiguientes á la administracion, para asegurar las cuales es indispensable la afeccion de sus intereses propios, cosa que no sucede cuando el viudo es el marido del primer matrimonio, que con el mismo carácter va en el segundo á administrar los bienes de este y los del anterior, al ménos los reservables; tambien lo es, que, como la mujer del segundo matrimonio va á percibir mayores utilidades con la introduccion de un-

Digitized by Google

capital mayor por parte de su marido, formado ademas de con las propiedades de este, con el todo ó parte de los bienes adventicios y reservables, pertenecientes á los hijos de su primer matrimonio; que como la misma calidad de gefe que lleva al nuevo matrimonio le hace contraer deberes y compromisos, cuya satisfaccion y lleno, no debe perjudicar como podria suceder, los derechos é intereses de los hijos de su anterior matrimonio; y como aun la misma buena administracion de los bienes de la nueva mujer, puede entorpecer ó comprometer la de los bienes de los hijos del anterior matrimonio y que en todo esto tácitamente consiente la mujer, que á su turno y por la existencia de una de las causas legales para que deje el marido la administracion, debe desempeñarla: por todo esto es natural y justo queden afectos sus bienes propios á los de los hijos de su marido habidos en su anterior matrimonio.

La madre, durante su viudedad, por la naturaleza, por la justicia, por la razon y por las leyes 4, 5 y 9 del tit. 16 de la Partida 6ª, espresion de aquellas, es tutora y curadora de sus hijos, y algunas veces tambien lo es por la voluntad espresa del testador.

Conforme á la ley 5 citada, la madre deja de ser tutora ó curadora de sus hijos, y por lo mismo de tenerlos en su poder y de administrar sus bienes, tan luego como contrae nuevas nupcias: asi es que, si quiere continuar con la tutela de sus hijos, debe impetrar del soberano dispensa de la mencionada ley, asegurando la conservacion, cuando ménos, de los bienes de sus hijos pupilos ó púberos, con hipoteca espresa y especial de sus bienes propios y con igual espresa, especial hipoteca ó garantías que dé el nuevo esposo, que es quien en realidad vá á administrar los referidos bienes de su esposa y de los hijos de esta.

En nuestro pais no hay ley que determine los requisitos indispensables para pedir y obtener lo espuesto, ni los procedimientos que deben seguirse; pero en un caso que á nosotros se ha presentado en el ejercicio de la abogacía, aplicamos, aunque sin espresarlo, lo dispuesto en los decretos españoles de 11 y 19 de Abril de 1838, y 12 de Abril de 1839. Así es que ocurimos al Exmo. Sr. Presidente

Digitized by Google

por no existir aun el Soberano Congreso, pidiéndole se sirviese mandar recibir informacion de vida y costumbres tenidas por la viuda durante su viudedad, y de la persona con quien pensaba contraer segundo matrimonio; haciéndose estensiva la informacion al estado que guardaban los intereses de los menores, los de la madre de estos y los del individuo que iba á ser esposo de ella; y finalmente, que practicado lo dicho y otorgada por la madre y padrastro de los menores, fianzas suficientes á caucionar los bienes de los mismos menores, se sirviese, en vista de todo, dispensar á la interesada del precepto de la ley 5ª tít. 16 de la Part. 6ª. á fin de que pudiera continuar con la tutela y administracion de los bienes de sus hijos, aun despues de su nuevo enlace. Todo se hizo, practicó y proveyó como se pedia y se concedió la dispensa solicitada segun se vé del decreto de 15 de Marzo, promulgado en 23 del mismo por el gobierno del Distrito, y que á la letra dice: "Se dispensa á la Sra. Dª Agustina Robledo de Chavez. del precepto de la ley 5, tít. 16, Part. 6, para que pueda contraer matrimonio y conservar la tutela de sus menores hijos; quedando á favor de estos especialmente hipotecados, tanto sus bienes propios como los de su nuevo marido."

CONCORDANCIAS.

Por los artículos 228 francés; 145 sardo; 91 holandés; 56 español; del 20 al 24 prusianos; 25 bávaro; 120 austriaco; y 134 de la Luisiana: la viuda no puede casarse sino despues de un año de viudedad ó del parto si quedare embarazada.

Por los artículos del 810 al 814 del Código español, único en que hemos encontrado tratada esta materia, se dispone que "el viudo ó viuda, al repetir matrimonio deberán asegurar con hipoteca: 1º. la restitucion de los bienes muebles no enagenados, en el estado que tuvieren: 2º, la devolucion del precio que recibió por los bienes muebles enagenados, ó el valor que tenian al tiempo de la enagenacion, si esta no se hubiere hecho á título lucrativo: 3º, la devolucion del precio de los bienes muebles consumidos ántes ó despues

Digitized by Google

de repetir matrimonio: 4º, la devolucion del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiere enagenado ántes de repetir matrimonio; y 5º, la buena administracion de los bienes inmuebles no enagenados.

Las diligencias de inventario, tasacion y constitucion de hipoteca, se practicarán con intervencion de los interesados en ellas.

No pudiendo dar hipoteca el viudo ó viuda, se observará lo dispuesto en el artículo 450.

Lo dispuesto hasta aquí para el caso de segundo matrimonio, rige igualmente en el tercero y ulteriores.

El viudo ó viuda, que en tal estado tuviere un hijo natural y le reconociere ó se declarare judicialmente ser suyo, en los casos que á esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva."

Por el artículo 450 citado se dispone que: "no dando el usufructuario la fianza de que habla el artículo anterior, el propietario podrá exigir que los inmuebles se arrienden y pongan en administracion: que los muebles se vendan y que los capitales ó sumas en metálico, y el precio de la enagenacion de los bienes muebles, se impongan á interés con seguridad. El precio de los arrendamientos, los intereses de los capitales y los productos de los bienes dados en administracion, pertenecen al usufructuario."

Por los artículos 602 francés; 327 napolitano; 514 sardo; 390 de Vaud; 556 de la Luisiana; y 833 holandés: se prefiere la administracion del propietario, dando fianza, y solo no dándola se permite el arriendo de los bienes.

PARRAFO V.

¿A quién corresponde la propiedad de los bienes reservables, y por cuánto tiempo?

La propiedad de los bienes reservables, dice Febrero, "la tiene el cónyuge que sobrevive, únicamente miéntras se conserva en esta-

Digitized by Google

do de viudedad, de suerte que desde el momento en que contrae segundo enlace, pertenece á sus hijos; empero conservara por toda su vida el usufructo de todos los bienes. Por tanto, si el cónyuge ántes de pasar á segundas nupcias, hubiere enagenado los bienes raices que debia reservar, será válida la enagenacion; aunque no por esto se entienda que quedan los hijos sin derecho alguno, pues lo tienen para repetir su importe de los bienes propios del enagenante, como hipotecados en seguridad de los bienes sugetos á reservacion. Mas será nula la enagenacion si fuere hecha despues de contraido el segundo enlace matrimonial; si bien se sostendrá durante su vida, no revocándose hasta despues de su muerte, en cuyo tiempo podrán los hijos reclamarlos como dueños y propietarios."

No admitimos en toda su estension la doctrina que acabamos de copiar de Febrero; y opinamos distinto de como lo hace este, apoyados en las espresas leyes 24 y 26 tít. 13 do la Part. 5ª, y la 23 tit. 11 de la Part. 4ª que á la letra dicen. La 23: "Gana el marido la dote quel da su mujer, e la mujer la donacion quel faze su marido por el casamiento, por alguna destas tres maneras. La vna es, por pleyto que ponen entre si. La otra, por yerro que face la mujer, faziendo adulterio. La tercera, por costumbre: e la que es por pleyto que ponen entre si, se faze de esta guisa; como quando otorgan ambos en vno, el vno al otro, que muriendo el vno dellos sin fijos, el otro que fincare, que aya la dote, o la donacion toda, o alguna partida della, segund lo establescieren. E tal pleyto como este deue ser fecho entre ellos egualmente. E si por auentura fuesse pleyto puesto, de como el marido ganasse la dote de la mujer, e sobre la donacion, o las arras, non fuesse dicha alguna cosa; entiendese, quel pleyto que puso en la dote, ha lugar en la donacion. La tercera razon, que es de costumbre, por que se gana la dote, o la donacion, es como si fuesse costumbre usada de luengo tiempo en algun lugar, de la ganar la mujer quando muere el marido, o el marido quando muere la mujer; o si fuesse costumbre de la ganar alguno dellos, quando el otro entrare en Orden. E lo que dize en esta ley, de ganar el marido, o la mujer, la dote, o la dona-

Digitized by Google

cion que es fecha por el casamiento, por alguna de las tres razones sobredichas, entiéndese, si non ouiessen fijos de consuno. Ca si los vuiessen, entonce deuen auer los fijos la propiedad de la donacion o de la dote; e el padre, o la madre, el que fincare biuo, o el que non entrare en Orden, o que non fiziere adulterio, deue auer en su vida el fruto della. Otrosi dezimos, que finando el marido, o la mujer sin testamento e non dexando fijos, nin otros parientes que hereden lo suyo, que el otro que finca biuo, gana la dote, o la donacion, que fue fecha por el casamiento, e todos los otros bienes que ouiere el que muriere assi. E saluo en este caso, e en los otros tres que deximos, por otra razon qualquier que se departa el matrimonio derechamente, siempre deue tornar la donacion al marido, e la dote a la mujer. Mas si la mujer touiere paños escusados, que su marido le aya dado, si el muere, luego deue ella tornar tales paños con sus aparejos a los herederos del marido: e ella terna para si los paños que traye." La 24 dice: "Bienes han apartados los fijos, que son suyos propiamente, que los han de parte de su madre. E como quier que tales bienes como estos deuen ser en poder del padre, e puede esquilmar los frutos dellos, con todo esso, non los deue enagenar en ninguna manera. E si por auentura los enagenasse, fincarian porende obligados, e empeñados al fijo los bienes del padre, despues de su muerte, fasta que rescebiesse entrega dellos, de aquello que el padre le ouiesse enagenado, o mal metido. E si por auentura, en los bienes del padre non se pudiesse entregar, porque fuessen tan pocos, que non compliessen, o que los ouiesse el padre embargados, o mal parados en alguna manera; entonce pueden demandar sus bienes a quien quier que los fallen, e deuenlos cobrar." La 26 dice: ,'Marido de alguna mujer finando, si casasse ella despues con otro, las arras e las donaciones, que el marido finado le ouiesse dado en saluo fincan a sus fijos del primer marido; e deuenlas cobrar, e auer despues de la muerte de su madre: e para ser seguros destos los fijos, fincanles porende obligados, et empeñados calladamente todos los bienes de la madre. Esso mismo dezimos que seria, si muriesse el marido de alguna mujer de quien ouiesse fijos, e teniendo ella en

Digitized by Google

guarda a ellos, e a sus bienes, se cassase otra vez; que fincan entonce todos los bienes de la madre obligados a sus fijos, et aun los de aquel con quien casa, fasta que hayan guardador, e que les den cuenta, et recabdo de lo soyo."

La ley 24 tít. 13 Part. 5ª, trascrita, está confirmada por la 6ª tít. 4º lib. 10 de la Nov. que es la 14 de Toro, y 6ª tít. 9 lib. 5.º de la R. Mas como se ve, estas leyes hablan de los bienes adventicios ó profecticios que los hijos adquieran del padre ó madre premuerta; y respecto de estos bienes, tales leyes prohiben al cónyuge supérstite que pueda venderlos; y para el caso de que tal haga, aun á pesar de dicha probibicion, conceden á los hijos, para reintegrarse de tales bienes, la facultad de repetir contra los del cónyuge superviviente por el valor de los bienos enagenados: y todavia mas; se otorga á los hijos el derecho de poder rocojer los mismos bienes enagenados del poder de la persona á quien lo hayan sido, en el caso de que los bienes del enagenante no hayan sido suficientes á cubrir el valor de los enagenados. Conforme á estas leyes incuestionablemente es falsa la doctrina de Febrero.

Las leyes 23 tít. 11 Part. 4ª, y 26 tít. 13 Part. 5ª, están confirmadas por las 4ª tít. 1º lib. 5 de la R.; 7 tít. 4 lib. 10 de la Nov. y 15 de Toro. Estas leyes especialmente la de Partida última tiene varias partes, primera; la en que se declara que, muerto el marido y vuelta á casar la viuda, "las arras e las donaciones que el marido finado le ouiese dado en saluo fincan a sus fiijos del primer marido;" de cuya parte resulta que quitada la circunstancia de que la viuda se vuelva á casar, solo á ella pertenece la propiedad de tales bienes: y lo creenmos así, no solo porque de esta manera lo persuade la razon y la misma inteligencia de la ley atento su tenor literal; sino porque si conforme á la ley 24 del tít. 13 de la Part. 5, enagenando el viudo los bienes profecticios ó adventicios del hijo, habidos por fallecimiento del cónyuge premuerto, para que puedan ser sacados por el hijo del poder de la persona á quien hayan sido enagenados, es necesario que "non quiera heredar, nin auer parte en los bienes del padre," con doble razon debe observar-

Digitized by Google

se lo mismo respecto á la enagenacion de bienes reservables que, los "fijos deuen cobrar, e auer despues de la muerte de su madre;' por que miéntras que el padre tiene la propiedad de los bienes reservables al ménos durante algun tiempo, nunca tiene la de los bienes profecticios ó adventicios del hijo; y por lo mismo, segun dichas leyes, el viudo puede enagenar unos y otros bienes y el hijo cuando es enagenada su legítima paterna ó materna, debe renunciar el derecho de heredar al viudo puesto que no puede ser al mismo tiempo acreedor universal y heredero tambien universal del mismo viudo. Así es que hecha la enagenacion de los bienes reservables, debe subsistir; y parece que el hijo, para poderlos reclamar únicamente de los bienes del viudo y nunca del poder del tercer poseedor, debe renunciar igualmente el derecho de heredar al viudo, al ménos en la parte de sus bienes afecta al pago de los reservables, pues en ella no testa sino que paga el testador. Las demas partes de estas leyes no son relativas á nuestro actual objeto, y por eso no nos ocupamos de ellas.

De las últimas leyes de Partida resulta que no es esacta la doctrina de Febrero; pues miéntras que este afirma que "desde el momento que la viuda contrae segundo enlace, pertenece á sus hijos la propiedad de los bienes reservables," la ley, como hemos visto, exige dos requisitos: primero, el nuevo matrimonio de la viuda, y segundo, su muerte para que despues de esta pasen á sus hijos los bienes reservados; pero sí es incuestionable, que conforme á la ley 6 Part. 1º tít. 9 lib. 5 del Código, el viudo, al pasar á segundo enlace debe inventariar escrupulosamente todos los bienes que á él introduce.

Que las mencionadas leyes de Partida, relativas á la reservacion de bienes, han sido confirmadas por las de la Nov. haciéndose sus disposiciones estensivas al marido viudo, lo persuade la 7 tít. 4, lib. 10 de la Nov., que es la 4ª tít. 1, lib. 5 de la R., y 15 de Toro; cuyo testo es como sigue. "En todos los casos que las mujeres, casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que hubieren del primer marido, ó

Digitized by Google

hereden de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, *sea obligado á reservar la propiedad de ello á los hijos del primer matrimonio;* de manera, que lo establecido acerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez, *haya lugar en los varones que pasan á segundo ó tercero matrimonio.*

CAPITULO OCTAVO.

Modo de elevar á instrumentos públicos los testamentos ó codicilos cerrados, los ológrafos y las disposiciones verbales.

¿En qué términos deben presentarse al juez el testamento cerrado, el ológrafo y declararse la disposicion verbal? ¿quien debe pedir la elevacion á instrumento público del testamento cerrado, del ológrafo y la declaracion del verbal? ¿qué debe preceder, acompañar y seguir á la peticion referida? ¿puede celebrarse pacto ó transaccion, ántes de publicarse el testamento, sobre los derechos que se tengan ó juzguen tenerse á lo dispuesto en el mismo testamento? Hé aquí las cuestiones que examinarémos en los siguientes párrafos, para dar término á esta cuarta parte.

PARRAFO I.

¿En qué término deben presentarse al juez el testamento cerrado, el ológrafo, y declararse la disposicion verbal?

El que tuviere en su poder el testamento ó codicilo cerrado, el testamento ó codicilo ológrafo, ó el que aun sin tener tales docu-

Digitized by Google

mentos se creyere con derecho á lo en ellos ordenado, deben dentro de un mes contado desde la muerte del testador, presentar su disposicion testamentaria ante el juez de primera instancia del lugar en que murió el mismo testador ó pedir que se presente. Que las referidas personas tienen el derecho de pedir la apertura de tales disposiciones tastamentarias, lo dice la ley 1ª tít. 2 de la Partida 6ª, y que esto debe hacerse dentro del citado mes, lo declara la ley 5 tít. 18 lib. 10 de la Nov., que es la 14 tít. 4 lib. 5 de la R., y 13 tít. 5 lib. 3 del Fuero Real; y aunque hablan de los albaceas, creemos que son estensivas á todo el que tenga la disposicion del testador, porque respecto de todos existe la misma razon, y por lo mismo existe ó debe existir el mismo derecho.

Las mismas personas pueden pedir la recepcion de las declaraciones de los testigos ante quienes el testador hizo verbalmente su disposicion testamentaria, y que ésta se eleve al rango de instrumento público. Así lo dispone la ley 4 tít, 2 de la Part. 6ª, en estas palabras: "Ante testigos paladinamente seyendo fecho el testamento, o sin escritura, si alguno de aquellos a quien fue algo mandado en el, pidiese al juez que fiziese venir ante si los testigos, e recibiesse los dichos dellos en escrito, en la manera quel testamento fuera ordenado ante ellos, deue el juez facerlo así."

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos del 592 al 599; el francés en el 1,007; el de la Luisiana en los 1,643, 1,648 y 1,650; y el napolitano en el 933: están absolutamente de acuerdo en la sustancia con nuestra legislacion en este punto.

PARRAFO II.

¿Quién debe pedir la elevacion á instrumento público del testamento ó codicilo cerrado, del ológrafo y de la declaracion del verbal?

La elevacion del testamento ó codicilo cerrado, del ológrafo y de la declaracion del verbal á instrumentos públicos debe ser pedida

Digitized by Google

por el interesado á lo dispuesto en tal instrumento, ó por quien tuviere su poder jurídico con facultad para esto.

La manera de practicar lo espuesto es la siguiente. El interesado ocurre al juez de primera instancia solicitando lo dicho y protestando no proceder de malicia. El juez en vista de la solicitud y del testamento ó disposicion á que se refiere, mandará, si no fuere acompañado de tal instrumento, que conforme á la ley 2 tít. 2 de la Partida 6ª, se le presente por la persona en cuyo poder obrare, para hacer la apertura, publicacion y demas cosas necesarias y prévias.

Si la disposicion del testador hubiere sido verbal y lo que solicitare el interesado fuere la recepcion de las declaraciones de los testigos ante quienes fué hecha por el testador, el juez mandará recibir la informacion y fecha, que se tenga por testamento público.

Igual cosa á la que hemos dicho debe hacerse con las memorias simples, se debe practicar en el testamento ológrafo, es decir, con el testamento escrito y firmado, ó simplemente firmado por el testador militar, único caso en que nuestra legislacion, aunque sin decirlo, admite el testamento ológrafo.

PARRAFO III.

¿Qué debe preceder, acompañar y seguir á la peticion y elevacion referidas?

Antes de proceder á la apertura del testamento ó codicilo cerrado debe el juez con vista de la peticion que se le haga con tal objeto, proveer un auto citando á su presencia á los testigos instrumentales; y despues de haberles recibido el respectivo juramento ó protesta de decir verdad, presentarles las firmas que dicen ser suyas á fin de que si en efecto lo fueren, las reconozcan, haciendo lo mismo con la del testador, á quien forzosamente deben haber visto firmar, ó con la de la persona que á su nombre lo haya hecho, ya por no saber y ya por no poderlo hacer. En seguida depondrán lo que sepan ó les conste

Digitized by Google

relativo al fallecimiento del mismo testador. El escribano pondrá fé de la muerte del testador ó de haberlo oido decir, ó de haberlo conocido vivo y visto hecho cadáver, ó de que en la casa del finado se le informó de que el cadáver que se le mostraba era el de la persona de quien se trata, &c. &c., segun fuere el caso, y sin que por estos medios no se acredite la muerte del testador, no se debe abrir el testamento. Y constando la certeza del otorgamiento y viendo el juez que el testamento ó cuaderno cerrado en nada es sospechoso, ha de abrirlo ante los testigos y el escribano, y despues de leerlo en lo particular por si contuviere alguna cosa que no deba publicarse, lo entregará al escribano para que lo lea y publique delante de todos, haciendo despues se reduzca á escritura pública por otro auto, mandando se tenga y estime por testamento y última voluntad del difunto: que se den á los interesados los testimonios y traslados que pidieren de lo que les corresponda: que se protocolicen en los registros del escribano ante quien se ha abierto, las diligencias practicadas, interponiendo el juez en toda forma para su mayor validacion y firmeza su autoridad en cuanto ha lugar en derecho, pues hasta que se abra no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es en realidad por no haberse publicado su contenido que ignoran el escribano y testigos, por lo ménos éstos. Así lo dicen las leyes del tít. 2 de la Part. 6ª

Respecto de las simples cédulas y testamentos verbales, dije, en su lugar, que debian ser elevados al rango de testamentos á peticion de los interesados; y en virtud de esto añado, que á consecuencia de tal solicitud, se harán comparecer los testigos que intervinieron y presenciaron las manifestaciones del testador, los que, bajo juramento, y prévia citacion de todos los interesados, declararán al tenor de lo pretendido, reconociendo en forma legal sus firmas en el caso de haber autorizado con ellas el papel ó cédula que se presenta. Y resultando por estas declaraciones cuál fuese la disposicion testamentaria del finado, se declarará así, se mandará protocolizar por el escribano que actúe, y surtirá los mismos efectos que si se hubiera otorgado ante escribano público. Ley 4 tít. 2 Part. 6ª

Digitized by Google

Respecto del testamento ológrafo dirémos: que ó éste es de militar ó no: si lo primero, como es privilegiado, segun vimos en su lugar respectivo, vale, y se prueba su autenticidad por la confrontacion de firmas y quizá con el testimonio de algun testigo presencial ó de oidas del mismo testador; aunque esto todo es muy arriesgado y fecundo en dificultades y por tanto deberia suprimirse: y si lo segundo, no tiene valor alguno ni uso entre nosotros; así es que no nos ocuparémos de ellos, pues aun en el caso de que alguno se presentara, bastaria para probar su autenticidad hacer lo que con el militar. Mas, repetimos, tales testamentos no valen por nuestro derecho.

Cuando no puedan ser habidos los testigos ó alguno de ellos, bastará que comparezca la mayor parte, y luego el juez mandará el testamento á donde estuvieren los demas testigos para que reconozcan sus firmas; y si hubieren muerto ó se cree así, ó se ignorase su paradero, deberá hacerse informacion de ello, de la legalidad del escribano que autorizó el testamento, en caso de haber muerto, de que al tiempo del fallecimiento del testador vivian y estaban en el lugar en que se otorgó, y de que no tenian impedimento legal para autorizar, el escribano, y ser testigos, los que firmaron como tales.

Si viviere el escribano que autorizó el testamento, tambien debe reconocer su firma y signo.

Despues de todo lo dicho en este y anteriores párrafos, el juez debe dar traslado del testamento íntegro, á los herederos del testador; pero á los demas interesados en él, tan solo se les ha de dar de lo que les pertenece, con espresion del dia, mes y año en que se hizo, para que no se pueda cometer falsedad alguna. La práctica general es, dar testimonio al interesado únicamente, con insercion literal de la cláusula que le compete, y cabeza y pié del testamento, lo cual no puede ocasionar perjuicio, falsedad ni fraude, y sí economía en los gastos que tiene que hacer. Leyes 103 tít. 18 Part. 3ª y 5ª tít. 2 Part. 6ª

Siempre que el testador prohiba que su testamento, ó parte de él, se abra hasta el tiempo que prefije; ó que se publique alguna cláu-

Digitized by Google

sula determinada, ha de observarlo así el juez, y mandar, por sí, aunque el testador no lo haya ordenado, que no se dé copia de alguna cosa que contenga, si de darla ha de resultar perjuicio, cual lo es la publicidad de aquello que el testador quiso permaneciera oculto. Ley 4, 5 y 6 del tít. 2 Part. 6ª

CONCORDANCIAS.

Segun el art. 598 del Código español. resultando de las declaraciones conformes de los testigos la legitimidad del otorgamiento, el juez lo declarará por testamento nuncupativo, y mandará que como tal se observe y cumpla, y que se protocolicen los autos practicados, en los registros de escrituras públicas del escribano actuario, dándose á los interesados las copias y testimonios convenientes de manera que hagan fé.

PARRAFO IV.

¿Puede celebrarse pacto ó contrato, ántes de publicarse el testamento, sobre los derechos que se tengan ó juzguen tenerse á lo dispuesto en él?

"No puede, dice Febrero, hacerse pacto, concierto ni transaccion ántes de la publicacion del testamento cerrado, sobre la herencia ó legados que contiene; y si se hace, es nula, porque puede haber dolo y ser engañado el interesado en ellos. Por tanto, aunque uno afirme con juramento que el testador legó cierta cosa y demande al heredero para su entrega, si en virtud del juramento se la diese, deberá restituirla si despues de abierto resulta no ser cierto." Ley 25 tít. 11 Part. 3ª

Hemos visto todo lo relativo á la apertura del testamento cerrado, á la elevacion á instrumento público de la disposicion verbal del testador hecha ante testigos, y las diligencias que á lo espuesto deben preceder, acompañar y seguir, y con esto terminamos la presente parte.

FIN DE LA CUARTA PARTE.

Digitized by Google

DE LAS SUCESIONES

TESTADAS E INTESTADAS

QUINTA PARTE

EXAMEN DE LOS INSTRUMENTOS EN GENERAL

y de los testamentos bajo este aspecto

Digitized by Google

Digitized by Google

QUINTA PARTE

De los instrumentos en general y de los testamentos bajo este aspecto

CAPITULO PRIMERO.

De los instrumentos públicos.

¿Qué es instrumento público? ¿Cuántas son sus clases? ¿Qué es protocolo y cómo se forma? ¿Qué es cópia original, cómo se forma y en qué se diferencía del protocolo? ¿Qué es testimonio, traslado ó trasunto y en qué se distingue de los anteriores? ¿Quién puede protocolizar y dar copias y testimonios? ¿Siempre pueden darse cópias y testimonios? ¿Cuáles son los requisitos indispensables para la validez de un instrumento público? Con la resolucion de estas cuestiones, tendremos sabidas las disposiciones legales sobre la materia de este capítulo, ó sea sobre les instrumentos públicos.

Lo relativo á los privados lo estudiarémos en el capítulo siguiente; en el último, nos ocuparémos de aplicar á los testamentos, lo que sé deba, del primero, ó del segundo.

Digitized by Google

PARRAFO I.

¿Qué es instrumento público?

La palabra instrumento, tiene por orígen el verbo latino *instruire*, que significa *instruir;* se entiende sobre algo. Por eso las leyes 1ª tít. 4º lib. 22 del Dig. y 1ª tít. 18 Par. 3ª, definen el instrumento diciendo: "*instrumentorum nomina, ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest.*" Como se vé, esta definicion puramente etimológica, no nos marca el objeto ni las ventajas de un instrumento, aunque sí nos las indica. Yo entiendo por instrumento: "la escritura en que se refiere uno ó mas hechos y sus circunstancias, cuya memoria interesa perpetuar." De esta definicion se infiere, que el objeto de todo instrumento, es suministrar los medios de justificacion y de prueba.

PARRAFO II.

¿Cuantas son sus clases?

Segun por quien sea hecho el instrumento y que se guarden en él tales ó cuales requisitos, será público ó privado. Si los públicos son de los puramente archivados, serán protocolos. Serán originales cópias, los que se den de aquellos: y las que se sacan de éstas, se llaman traslados. Esto es, por lo que hace á instrumentos públicos. Respecto de los privados, les viene este nombre de las personas que los hacen, y segun las circunstancias en que se hallen quienes los hagan serán de las especies que verémos en su lugar respectivo. Mejor dicho; la publicidad auténtica, les viene á los instrumentos públicos, y en consecuencia su nombre, del concurso de requisitos que las leyes han dispuesto haya para el valor de tales documentos.

Digitized by Google

PARRAFO III.

¿Qué es protocolo y cómo se forma?

Esta palabra protocolo, es compuesta de las dos voces de que se origina: una griega, *protos*, que significa primera en su orígen; y por esto no puede el escribano dar cópia sin que haya protocolo: y otra latina, *collatium ó collatio* que significa comparacion ó cotejo; y esto completa la idea ántes indicada. Tambien tiene el protocolo el nombre de matriz, porque es la fuente de donde nacen los demas instrumentos públicos de que hablamos en el párrafo anterior. En vista de lo espuesto, dirémos que, protocolo es: "el instrumento público donde están originales, en confirmacion del hecho que les sirve de objeto, las firmas de los otorgantes, las de los testigos y la del escribano, así como su signo." La firma de los testigos, no la ordenan las leyes, pero como vimos en otra parte, es conveniente y aun necesaria para evitar males, y así producir bienes; y por esto lo exigió el art. 700 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.

Cada escritura matriz se escribe en cuadernos compuestos del número de pliegos del sello tercero correspondiente, que segun la ley se necesita; trabados ó cosidos unos á continuacion de otros; y estas escrituras, con los documentos que haya habido necesidad de agregar, ademas de unirlas y foliarlas, de modo, que con solo encuadernarlas, resulte formado el libro del protocolo, debe el escribano signarlas, custodiarlas, y no dejarlas ver, sino á quien el juez ordene ó tenga derecho. Lo demas que debe hacerse con el protocolo, no lo esponemos en este lugar por no ser de nuestro objeto actual.

PARRAFO IV.

¿Qué es cópia original, cómo se forma y en qué se distingue del protocolo?

El segundo de los instrumentos públicos de que nos ocupamos es la cópia original, esto es, la que se hace del protocolo al pié de

Digitized by Google

la letra, y con el objeto de servir de título primordial á los interesados. Se llama original, tanto por ser la primera que se origina ó saca del protocolo, como por servir de orígen de prueba, y por ser el orígen escrito y trasmisible de los títulos de propiedad, pues en ella lo tiene el uso de lo que natural ó civilmente nos pertenece. Su objeto principal, es suministrar al propietario que laposee, la mayor y mas fehaciente prueba de sus derechos y obligaciones, así como de sus acciones y escepciones.

Debe estar estendida en la respectiva clase de papel sellado, firmada y signada por el escribano, quien dará fé de estar exacta y fielmente sacada ó copiada de la raiz ó protocolo. Debe ser dada por el escribano que la autorizó salvo algunas raras veces; y por todos estos motivos hace plena, perfecta y acabada prueba en juicio ó fuera de él. En estas escrituras es no ménos conveniente, necesario y útil hacer constar la intervencion firmada de los testigos, y que éstos lo sean tambien de la saca y correccion.

Las diferencias que existen entre esta escritura y el protocolo, son muchas, de las cuales, varias se deducen de lo espuesto en los párrafos anteriores, y de las que no enumeramos ningunas por no haber necesidad, supuesto lo ántes dicho.

PARRAFO V.

¿Qué es testimonio, traslado ó trasunto, y en qué se diferencia de los anteriores?

No sucede lo mismo que con los anteriores, con el instrumento de que nos ocupamos ahora, esto es, de la cópia que por exhibicion se saca de la escritura original, ó sea de la primera cópia, ó de la que hace sus veces, aun cuando no lo sea. El traslado, mejor dicho, es la cópia de la cópia; y se llama traslado, trasunto, ó concuerda, precisamente por lo mismo.

Digitized by Google

El traslado, á diferencia de la cópia, puede autorizarse por el escribano ante quien se otorgó la primera, ó por otro á quien se exhiba ó presente la cópia original: en el primer caso, hace plena fé y trae aparejada ejecucion: y en el segundo solo hace fé contra quien lo produce. Y solo la hará general, cuando sea compulsado por órden del juez y prévia citacion de la otra parte, pues de esto le viene la fuerza legal. La razon de diferencia se deduce, de que en el uno, el que tuvo facultad para autorizar la cópia primera, el protocolo, la tuvo y tiene para autorizar el traslado en clase de cópia del mismo protocolo; cosa que no sucede en el segundo, pues en éste le viene la autoridad de la de la cópia, que es ménos que la del protocolo. El traslado ó testimonio, puede ser en relacion, ó literal, segun lo pida el interesado y convenga á su derecho: ambos valen lo mismo.

PARRAFO VI.

¿Quién puede protocolizar, dar cópias y testimonios?

Toda persona que esté facultada por la ley para autorizar instrumentos puede hacer lo de que nos ocupamos, pues á esto se reduce todo. Y como hemos visto en otra parte quien puede autorizar los instrumentos testamentarios, ahora decimos para complementar aquella doctrina, que el escribano es la persona creada por la ley para llenar estos objetos, y que esto forma el de su profesion. El carácter de infalibilidad civil que tiene, hace muy respetable la profesion del escribano, y que éste quede mas y mas obligado á conducirse con toda la honradez, probidad, veracidad, buena fe y ciencia que para no desmentir tal concepto se necesita.

Digitized by Google

PARRAFO VII.

¿Siempre pueden darse cópias y testimonios?

La cópia original debe darse tan luego como esté hecha, firmada y autorizada la matriz. El tiempo que las leyes 1ª y 3ª tít. 23 del lib. 10 de la Nov. Recop. fijan para dar las cópias, es el de tres dias si tuvieren ménos de dos pliegos, y el de ocho si tuvieren mas; debiendo entenderse comenzado este tiempo, desde el dia en que se pida aquella; y el escribano que no lo hiciere así, incurre en las penas que dichas leyes le imponen. El escribano que debe darla, es el que autorizó la matriz; salvo si estuviere imposibilitado por enfermedad, suspension, muerte ó limitacion para ejercer su profesion. Hay otras escrituras de las cuales puede ó no, dar cópia; lo cual se sabrá muy bien consultando las leyes 10 y 11 tít. 19 Par. 3ª y 5ª tít. 23 lib. 10 de la Nov. Rec.

PARRAFO VIII.

¿Cuáles son los requisitos indispensables, para la validez de los instrumentos públicos?

Cuatro son los requisitos principales é indispensables en todo instrumento, para su validez y legitimidad, y á éstos se reducen todos los que fijan las leyes y de que hablan los autores, á saber: primero, capacidad de los otorgantes: segundo, hecho lícito y honesto que les sirve de objeto: tercero, cláusulas necesarias formuladas con sencillez y claridad; y cuarto, solemnidades esternas prescritas por la ley. No creemos necesario decir por qué se reducen á lo espuesto todas las circunstancias que exijen las leyes, ni por qué van en el órden numeradas, pues sería redundancia esplicar cosas tan obvias para todos. Mas recorrámoslas en los puntos siguientes.

Digitized by Google

PUNTO I.

¿Qué es capacidad para otorgar instrumentos, y quiénes la tienen?

La facultad concedida por la ley, para que el hecho, objeto de la escritura pueda hacerse constar en ella, y servir de título de obligaciones y derechos, de las personas que intervienen en la misma, es lo que llamamos capacidad para otorgar instrumentos públicos ó privados. Para comprender todo esto, recuérdese lo que tenemos dicho en otra parte de la obra, sobre la manera con que la ley civil, reconoce, reglamenta, y permite el uso de la propiedad; y recuérdese tambien, que ésta no solo consiste en los bienes físicos ó materiales, sino aun en la simple posibilidad de ejercer nuestras facultades productoras. Y esto último, cuando ménos, es necesarísimo para el otorgamiento de los instrumentos.

Los que tienen segun la ley inteligencia, voluntad y libertad, son los que tienen capacidad.

PUNTO II.

¿En qué consiste lo lícito y honesto del hecho, objeto de los instrumentos?

Se entiende por hecho lícito y honesto, todo acto que no sea contrario á la moral y buenas costumbres, ni esté reprobado por la ley. Los hechos de esta clase, son los únicos que pueden servir de causa civil de las obligaciones, y producir derechos; y los únicos, por tanto, cuya memoria interesa perpetuar. De los hechos ilícitos, nacen los delitos y cuasi delitos; y basta la razon para convencerse de cuán pernicioso y absurdo sería que la legislacion tolerase qu hechos de esta naturaleza pudieran servir de objeto á una escritura pública. Lo que en ésta puede hacerse constar sobre tal materia,

Digitized by Google

no es otra cosa que lo relativo á las acciones civiles que de ellos resultan.

PUNTO III.

¿Qué es, cuántas y cuáles son las clases de cláusulas de que debe constar un instrumento público?

Cláusula es una relacion parcial del hecho, de sus circunstancias, solemnidades y efectos; de modo que el conjunto ó reunion de estas relaciones forma la escritura.

Hay dos cláusulas: unas generales porque convienen á todo instrumento y debe tenerlas; y otras especiales, por serlo solo de ciertos instrumentos ó contratos. A las primeras pertenecen aquellas por las cuales se espresa en la escritura, el dia, mes y año de su otorgamiento; y el nombre, vecindad, apellido, capacidad, &c., de los otorgantes.

Las especiales son de tres clases: esenciales, naturales, y accidentales. Las primeras son aquellas sin las cuales el hecho, objeto de la escritura, no puede existir: tal es el consentimiento en el contrato, el precio en la venta. Las segundas ó naturales, son aquellas que se derivan ó nacen inmediatamente del mismo hecho, pero cuyo hecho no deja de existir por la omision de las circunstancias en la escritura. Tales condiciones se reputan como existentes háyanse ó no enumerado ó puesto en la escritura: tal es la eviccion y saneamiento en el contrato de compra y venta. Pero estas circunstancias pueden pactarse inversamente, esto es, que el vendedor no quede obligado á la eviccion y al saneamiento, constando así en la escritura: y esto á peticion y por mutuo convenio de las partes. Las últimas ó accidentales son aquellas de cuya existencia no pende la del hecho objeto de las escrituras, ni son consecuencias naturales del mismo hecho, y para que consten en el instrumento es necesario el espreso convenio y mandato de los interesados. A éstas pertenece el modo

Digitized by Google

de pagar, el lugar donde se haga el pago, la clase de monedas y metales, &c.

PUNTO IV.

¿Cuáles son las solemnidades esternas de un instrumento público?

A semejanza del derecho romano en el tít. 3 lib. 28 del Digesto, podemos decir que son dos las clases de solemnidades de todo instrumento: unas internas y otras esternas. Las primeras ven á aquellas circunstancias constitutivas del acto mismo, tales son la capacidad de los otorgantes, su consentimiento, &c., &c. Las segundas se refieren á lo puramente esterno; por eso son de esta clase, la autorizacion del escribano, el papel del respectivo sello, &c., &c. La falta de cualquiera de las primeras anula el acto é invalida el instrumento; y la de una de las segundas vicia ó minora la autoridad del instrumento ó lo anula, pero permanece intacta la validez del hecho ó acto escriturado, segun las leyes 1 y 7 tít. 23 lib. 10 de la Nov. Rec.

Para mejor comprender la anterior doctrina pongo el ejemplo siguiente: el testamento nuncupativo hecho por quien no puede legalmente, como por un loco ó un menor que aun esté en la edad pupilar, es notoriamente nulo; así como tambien lo es la escritura que se haya estendido. Y este mismo testamento otorgado por una persona capaz en derecho, es válido aun cuando esté estendido en papel comun y sin autorizacion de un escribano y ni aun de testigos, pero entónces es instrumento privado.

A éstas reduzco las solemnidades de un instrumento y no las especifico, tanto por no permitírmelo el carácter de esta obra, como por estar en el curso de ella tratadas muchas de dichas solemnidades, por ejemplo, la de los testigos. Solo debo advertir, que cuando faltan una ó mas de las solemnidades esternas, el instrumento público queda reducido á privado, y necesita para tener fuerza ejecutiva, que le reconozcan los interesados ante un juez, pues este acto los

Digitized by Google

revive, y hace traigan lo que habian perdido, esto es, aparejada ejecucion, prueba probada.

CAPITULO SEGUNDO.

De los instrumentos privados.

¿Qué es instrumento privado? ¿cuántas son sus clases? ¿cuáles son sus objetos? ¿cuáles los requisitos para su valor? ¿cuáles los efectos que tanto los privados como los públicos producen? Entremos en el exámen de estas cuestiones en los siguientes párrafos.

PARRAFO I.

¿Qué es instrumento privado?

El escrito hecho por personas particulares ó sin autoridad y sin intervencion de escribano ni de otra persona con facultad de autorizar los instrumentos públicos, es el privado.

A esta clase queda reducido el instrumento público, que carece de alguna ó algunas solemnidades esternas, como acabamos de decir en el precedente párrafo.

PARRAFO II.

¿Cuántas son sus clases?

Segun varios autores, pueden reducirse los instrumentos privados á tres clases, que espondrémos con Escriche; y son las siguientes:

Digitized by Google

"Quirógrafos, papeles domésticos, como cartas, libros de cuentas y de inventarios, y cartas misivas."

"Quirógrafo, palabra griega que en latin equivale á *manuscriptum*, es en general "todo escrito privado, estendido ó firmado de mano de cualquiera persona;" pero se aplica mas particularmente al papel en que un deudor confiesa la deuda ú obligacion que ha contraido. El quirógrafo tomado en su general acepcion, abraza la ápoca, la antápoca, y el síngrafa, que tambien son voces griegas. Apoca, que en latin vale tanto como *receptio*, es el papel ó resguardo que dá el acreedor á su deudor, confesando haber recibido de él la cantidad ó cosa que le debia, y es mas conocida entre nosotros con los nombres de recibos, carta de pago y finiquito. Antápoca, por el contrario, es el papel que dá el deudor á su acreedor, manifestando haberle pagado tanta cantidad por razon de censo, rédito, pension, interes ú otra prestacion anual ó mensual. La ápoca sirve al deudor para probar el pago y escluir ó rechazar la accion del acreedor; y la antápoca es útil al acreedor para justificar no solo que anual ó mensualmente se le debe tal ó cual prestacion, sino tambien que en efecto se le ha satisfecho la correspondiente á tales meses ó años, á fin de precaver é impedir de este modo las acechanzas de la prescripcion. Tambien se dice antápoca el papel vale ó pagaré en que el deudor confiesa haber recibido del acreedor tanta cantidad ó préstamo á censo ó de otro modo, y se obliga á devolverla ó á pagar la pension ó rédito estipulado. Síngrafa, en latin *conscriptio* así llamada *quod utriusque manu conscripta sit*, es el papel ó instrumento de un convenio firmado por las dos partes contratantes. No todas estas voces son muy usadas en el lenguaje comun; pero como se encuentran en las obras de derecho, no son del todo estrañas en algunas partes ni en los colegios, y se hace por lo mismo indispensable distinguir su diversa índole y naturaleza que muchos confunden. Libro de cuentas es el escrito donde alguno asienta lo que dá y recibe: libro de inventarios es el escrito que uno dirige á otro que se halla ausente, comunicándole sus ideas, propuestas ó resoluciones sobre algun asunto."

Digitized by Google

PARRAFO III.

¿*Cuáles son sus objetos*?

Tanto el de los instrumentos públicos como el de los privados no es otro que el de suministrar los medios de justificacion y de prueba, y perpetuar la memoria de los hechos que en ellos se refieren; mas para cumplir con estos objetos son indispensables ciertos requisitos que respecto de las escrituras públicas ya hemos fijado en su lugar, y que respecto de los instrumentos privados se fijan tanto para su valor ó autoridad, como para producir sus efectos.

Estos son distintos segun lo sean las circunstancias en que se hallen los instrumentos de que se trata. Si su autor, tanto el que lo hizo como el que lo mandó hacer, lo reconocen como suyo ante el juez, ó en escritura pública, tendrá el tal privado instrumento la misma fuerza de probar que el público; y producirá sus mismos efectos, como dijimos en el punto 4º del párrafo 8 del cap. anterior.

Si negándose su autor al reconocimiento y defiriéndole juramento la otra parte, no lo quiere prestar ni tampoco deferirle á la misma, por esta tácita confesion valdrá como instrumento público. Si habiendo muerto el autor ó negado ser suyo el instrumento ó la firma de el, lo aseguran de ciencia cierta dos testigos de competente edad, contestes y sin tacha, que declaren en juicio contradictorio y bajo juramento ó protesta, haberlo visto hacer por el mismo autor, ó por otro de su órden, quedará probado, á no ser que el asunto sobre que se verse el instrumento sea de aquellos para cuya prueba se necesite mayor número de testigos, como sucede en los testamentos cerrados. Leyes 114 y 119, tít. 19 Part. 3ª

En resúmen: valdrán como públicos todos los instrumentos privados, cuyos otorgantes confiesen tácita ó espresamente ser cierto su contenido; ó cuando segun sus circunstancias, aparezca esto del dicho de testigos, confrontacion de letras y firmas, &c., &c.

Digitized by Google

PARRAFO IV.

¿Qué efectos producen los instrumentos públicos y privados?

Los públicos producen la prueba probada, y los privados la prueba articulada; pero si éstos fueren tácita ó espresamente sostenidos por los otorgantes ante el juez, tienen la misma fuerza que los públicos, y producen la prueba que ellos; por lo mismo, surten los mismos efectos, esto es, traen aparejada ejecucion. Cosas que hemos visto y repetido muchas veces.

CAPITULO TERCERO.

Aplicacion de lo anterior á los testamentos.

En su respectivo lugar hemos dicho, qué es testamento, cuántas son sus especies y cuáles sus requisitos y solemnidades; hemos visto qué es instrumento, cuáles son sus especies y cuáles sus solemnidades. Respecto de los testamentos, como tales, vimos que sus solemnidades ó requisitos para existir son tres: unidad de contesto, presencia de testigos y papel del competente sello; y respecto de los instrumentos en general, vimos que, para existir como auténticos y en consecuencia para tener valor y fuerza probatoria, necesitan el concurso de cuatro circunstancias: capacidad de los otorgantes, hecho lícito y honesto que les sirva de objeto ó materia; cláusulas competentes redactadas con claridad y sencillez; y solemnidades esternas, es decir, papel del respectivo sello, capacidad en el escribano, concurrencia del número respectivo de los testigos, capacidad en éstos,

Digitized by Google

&c., &c. El testamento en cualesquiera de sus especies, es un instrumento, y por lo mismo le convienen las circunstancias cuyo concurso forman los instrumentos. En efecto: el primer requisito para el valor y autoridad de un instrumento, es la capacidad de los otorgantes; lo 1º que vimos sobre testamentos fué quién puede hacerlos, es decir, quién tiene capacidad de testar. El segundo requisito de un instrumento es, el hecho lícito y honesto que le sirve de objeto: nada mas lícito, ni mas honesto, es decir, conforme al derecho y á la moral, como disponer, conforme á las leyes y á las inspiraciones de la naturaleza, de la propiedad; y esto lo supimos al hablar de testamentos, cuando recorrimos las disposiciones legales, reglamentarias de la propiedad en su trasmisibilidad por sucesion. El tercer requisito de los instrumentos, es el número competente de cláusulas, así como su claridad y sencillez: y en los testamentos vimos la unidad de contesto, y ademas debe saberse, que tambien tiene las mismas cláusulas que un instrumento; así es que tiene cláusulas generales, como la invocacion divina y protestacion de la fé, pues aunque de la omision de éstas, no resultaria la nulidad del testamento por no ser su insercion de ley civil, sin embargo, la práctica universal realizada á ciencia y paciencia del Soberano, con lo que se convierte en ley, ha hecho que se inserten dichas cláusulas, en cuya insercion hay mas que empirismo: hay religiosidad, moralidad, respetabilidad, perfecta armonía con el acto que se escribe y los momentos en que se hace, buen ejemplo para la familia, un vehículo seguro para que la autoridad eclesiástica sepa con claridad, como es conveniente, las creencias del testador, para así guiarse en su sepultura, honras, memorias, preces, &c. Tiene tambien cláusulas esenciales, como la declaracion de la capacidad: naturales como el pago de deudas, y del remanente de los bienes la particion de la herencia, &c: accidentales, como la sustitucion, los legados voluntarios, &c., &c. De todas las cuales cláusulas en su redaccion y formulario nos ocuparémos en la siguiente y última parte.

La última circunstancia de los instrumentos es el concurso de las solemnidades esternas: en el testamento vimos verificada esta cir-

Digitized by Google

cunstancia al hablar del papel sellado en que debe estenderse, ante quién, &c., &c. Esto es por lo que hace á los testamentos ya públicos, ó que merecen el nombre de instrumentos públicos; mas por lo que ve á los privados, si se examinan sus relaciones con los instrumentos de esta clase en general, los hallarémos semejantes por no decir iguales. Así es, que en los instrumentos privados, vimos que para que produzcan los efectos que los públicos, es necesario, ó la confesion tácita ó la espresa de los otorgantes ante el juez, ó la declaracion de los testigos que lo hayan presenciado; y esto exactamente sucede con los testamentos cerrados, alguno de los abiertos, los militares, y sobre todo con los verbales; pues vimos al tratar de la apertura de un testamento cerrado, de la elevacion de éste ú otro testamento al rango de instrumento público y de la declaracion del verbal, cómo, cuándo y de qué modo se hace; y exactamente conviene con lo que dijimos hablando de los instrumentos privados y manera de hacerlos para que tengan el valor y autoridad de los públicos, produzcan los mismos efectos y den los mismos resultados.

FIN DE LA QUINTA PARTE.

Digitized by Google

Digitized by Google

DE LAS SUCESIONES

TESTADAS E INTESTADAS

SESTA PARTE

FORMULARIOS GENERALES

Y PARCIALES

Digitized by Google

Digitized by Google

SESTA PARTE

Formularios generales y parciales.

I

Modo práctico de estender las cláusulas generales de un testamento.

En el nombre de Dios todopoderoso; yo D. fulano de tal, mayor de edad, vecino de tal parte, hijo legítimo de D. fulano y de Dª fulana ya difuntos, naturales y vecinos de tal parte; hallándome en buena salud (ó como se halle) y en mi entero y cabal juicio; y creyendo, como firmemente creo en el inefable misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas y un solo Dios verdadero, en el de la Encarnacion del Divino Verbo, en el de la inmaculada Concepcion de la Santísima Vírgen, y en los demas que cree y confiesa Nuestra Santa Madre la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, bajo cuya fé y creencia he vivido y viviré: ordeno mi testamento en la forma siguiente: (aquí se relatan las disposiciones del testador y se concluye de esta manera.) Así lo dijo y firmó el otorgante á quien doy fé conozco, en esta ciudad, (ó lo que sea) á tantos del mes y año, ante mí el escribano: siendo testigos D. N., D. N. y D. N., vecinos de la misma. Firman el otorgante, los testigos y el escribano quien tambien signa, conforme á la ley recopilada.

Digitized by Google

Esta es la manera de estender las cláusulas generales de un testamento que se redacta por escribano.

Supuesta la ley de tolerancia de cultos, no es necesaria ni aun de forma la protesta de fé; pero creo siempre debe hacerla el testador católico. Veamos las del en que solo se dice al escribano que autorice la cubierta.

II

CUBIERTA.

Modelo de la de un testamento cerrado que debe ponerse por el escribano.

En México, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos compareció D. N., mayor de edad, de esta vecindad, á quien doy fé conozco y dijo: que hallándose en su entera salud y completo juicio, y creyendo como firmemente cree en todos los misterios de la santa fé, que enseña nuestra santa madre la Iglesia Católica, Apostólica Romana, habia ordenado su testamento por escrito á fin de otorgarle en la forma prescrita por las leyes; y en consecuencia otorga: que en el cuaderno cerrado bajo esta cubierta se encuentra estendido su testamento, cuyas disposiciones quiere sean fielmente cumplidas; que revoca (si así lo exige el caso) toda otra manifestacion de su última voluntad, ó testamento que anteriormente hubiere otorgado; pues quiere que no valgasino solo el presente del modo que mas haya lugar en derecho. Así lo dijo y firmó siendo testigos los ciudadanos N., N., N., N., N., N. y N. de esta vecindad, quienes con el testador firmaron, de que doy fé. Las firmas de los testigos, testador y escribano, más el signo de éste.

III

No sabiendo firmar todos los testigos que intervinieron en el otorgamiento de un testamento, lo harán los unos por los otros, segun, y en la manera que espuse al hablar de los testigos, y se redactan estas circunstancias en los términos siguientes:

Digitized by Google

Así lo dijo y firmó el testador á quien doy fé conozco, siendo testigos los ciudadanos N. N. &c., de los cuales no firmaron N. N. y N. por no saberlo hacer: firman por ellos los otros testigos. A ruego de N. y R.: á ruego de N. y M.: el testador: ante mí, &c."

IV

Tengo dicho que los testadores por razon de conciencia, conveniencia, &c., pueden mandar en su testamento que permanezcan una ó mas cláusulas de éste, en silencio, hasta tal época; y ahora digo que la cláusula en que se manda tal cosa se redacta así.

"Es mi voluntad, que la parte de este mi testamento que se encuentra cerrado con lacre (ó lo que fuere) ó comprendida desde tal á tal cláusula, permanezca cerrada hasta que se realice, (aquí la condicion.) Y por tanto prohibo el que ántes se abra y publique y dén de ellas copias ó testimonios de ninguna clase."

V

Sabemos ya quiénes, cuándo y cómo deben y pueden ser herederos La cláusula en que se hace la institucion, es esta:

"Nombro é instituyo por mis únicos herederos, en todos mis bienes, derechos y acciones, que en la actualidad me pertenecen, y en lo futuro puedan ser mios, á mis hijos D. N. y D. N., nacidos de legítimo matrimonio que contraje con Dª M., y á los demas descendientes legítimos por su órden y grado que hubiere al tiempo de mi fallecimiento, para que del modo prescrito por las leyes, los hereden y disfruten con la bendicion de Dios y la mia."

VI

Los padres ó testadores, pueden no tener hijos legítimos y sí naturales; y ya sabemos que en este caso, si quieren dar su herencia á los segundos, pueden hacerlo. La cláusula que tiene tal objeto se estiende de este modo.

Digitized by Google

"Mediante á encontrarme sin herederos forzosos, por haber fallecido mis ascendientes, no haber tenido descendientes legítimos en el matrimonio que contraje con Dª N. ya difunta, y haber tenido ántes de dicho matrimonio, relaciones ilícitas con Dª Z, siendo ambos solteros y hábiles para contraer matrimonio; y haber resultado de dichas relaciones un hijo llamado N. &c: usando de las facultades que para estos casos se me conceden en el derecho, le nombro é instituyo por mi único y universal heredero en lo que actualmente poseo y en el porvenir me perteneciere, para que lo herede y disfrute con la bendicion de Dios y la mia."

VII

Pueden, segun dicta la razon y confirman los hechos, hallarse los testadores sin ninguna clase de herederos legítimos ó ilegítimos; y entónces, como dije en otra parte, puede legalmente regalar sus bienes á cualquiera persona estraña, y la manera como se hace constar esto en el testamento, es diciendo:

"Mediante á no haber tenido herederos forzosos ó legítimos, ni naturales, nombro, é instituyo por mi único y universal heredero, á D. N. N., y tanto los que hoy tengo, como de los que fuere en adelante dueño, quiero goce y posea con toda libertad; y solo le ruego que en recompensa de mi cariño, pida á Dios por el descanso de mi alma."

VIII

Al hablar de las sustituciones, espuse las fuertes razones que me ocurren en contra de ellas: pero tambien dije, y ahora lo repito, que no estando en mi mano quitarlas, ó hacer que no se usen, debia esponer las disposiciones legales que sobre ellas habia. Ahora digo lo mismo respecto de la redaccion de las cláusulas que deben contenerlas, cuya redaccion de cada una de ellas es como sigue.

Vulgar. "Nombro é instituyo por mi heredero á fulano ó á mi hijo, y si no lo fuere, sealo Juan." Y cuando el hijo tiene madre, será redactada la cláusula, así.

Digitized by Google

"Nombro é instituyo por mi único y universal heredero, de todos mis bienes, &c., &c., á mi hijo P. y si muriere impúber y no viviéndole su madre, le nombro é instituyo por heredero de todos sus bienes á R.; y solo por respecto al tercio, si aquella le sobrevive."

IX

Ejemplar. "Nombro é instituyo por mi heredero, á mi hijo fulano; y si falleciere en el deplorable estado de fatuidad en que se halla y no tuviere descendientes, nombro é instituyo por su heredero á R."

Basta lo dicho para saber formular toda clase de sustituciones, sobre las que no debe olvidarse lo dicho en el pár. 2º del cap. 1º de la cuarta parte de esta obra.

X

Hé espuesto la doctrina legal y mis opiniones sobre mejoras en la segunda parte de esta obra: por tanto, solo falta saber formular la cláusula donde se hagan. Se pone y redacta así.

"Mediante á que mi hija N. se encuentra hoy sin haber tomado estado, y en consecuencia mas sin auxilios que sus otros hermanos y coherederos que son varones y cuentan con recursos de que ella carece, la mejoro, en el tércio y quinto de mis bienes, derechos y acciones que le consigno en tales cosas; y es mi voluntad que lo haya y disfrute á mas de su legítima, debiendo deducir el tercio de los bienes despues de sacado el quinto de ellos."

Supuestas las razones espuestas en los párrafos citados, donde se habla de mejoras; podriamos, digo, traducir la anterior cláusula de esta manera.

"Y es mi voluntad que haya y disfrute ademas de su legitima, parte de las de sus hermanos." Pues no hay duda que á esto se reducen las tales mejoras, como aparece de la doctrina citada.

XI

No se estrañe que al esponer las fórmulas parciales de un testamento, haga reminiscencia de la doctrina en que me apoyo; pues la

Digitized by Google

fórmula no es mas que la misma doctrina en aplicacion. En tal virtud recuérdese lo que tengo dicho sobre desheredacion, y así se comprenderá por qué la cláusula relativa debe estenderse de este modo.

"En virtud á que mi hijo N., olvidando los deberes que la naturaleza, la razon, y la ley le imponen, me cometió tal falta; y que ésta es una de las causas que el derecho señala para poder desheredar al delincuente; en castigo y enmienda suya, y ejemplo para los hijos, cuya falta me cometió en presencia de N. N. y N.: usando de dicha facultad, lo desheredo y es mi voluntad, que ni por razon, de alimentos, ni por ningun otro título, sea admitido al goce de mi herencia, de la que terminantemente, y como mas haya lugar en derecho le privo y escluyo."

XII

Tengo dicho en el lugar respectivo lo que se entiende por fideicomiso, sus especies, condiciones, &c. Ahora paso á esponer la manera de hacer constar tales fideicomisos.

"Nombro é instituyo por mi único y universal heredero á N., vecino de tal parte, &c.; y le ruego, mando y encargo (segun el caso) que posea y disfrute, mi herencia tanto tiempo; y llegado el término de éste, se la pase á M. para que la goce y posea perpetuamente."

De esta ó semejante manera, se estenderá cualquiera cláusula de fideicomiso.

XIII

En las mandas se hace indispensable que el testador aclare mas y mas á quién las deja, qué cantidad, con qué condiciones, &c., y por esto esta cláusula debe redactarse así.

"Lego á N. de N. tal cosa (la que sea) que poseo en tal parte, (aquí las señas) pues es mi voluntad que la goce, disfrute y disponga libremente de ella."

Si la manda es de las forzosas, debe decirse.

"Lego por mandas forzosas, la limosna ó cantidad acostumbrada;"

Digitized by Google

y si el testador legase para ellas mas, lo espresará, pues es preciso que conste minuciosamente todo esto.

XIV

Al hablar de los instrumentos privados, dije: que las memorias testamentarias no tienen mas fuerza y valor que el que reciben del testamento. La manera pues de que en este conste tal cosa es diciéndolo por medio de la siguiente fórmula, suponiendo sea la memoria para decir quién es el heredero:

"Instituyo por mi único y universrl heredero, á la persona cuyo nombre escribiré de mi puño y letra, en un papel ó memoria que se encontrará en tal parte, ó en poder de fulano."

Si la memoria fuere hecha para imponer gravámenes, y condiciones al heredero, legatario, &c., se dirá.

"Nombro á N. por mi único y universal heredero, en todos mis bienes, derechos y acciones y es mi voluntad que perciba mi herencia con las condiciones ó gravámenes que espresaré en un papel ó memoria, que escrito ó firmado por mí, dejaré en tal parte."

Pero si solo tiene por objeto dicha memoria el nombramiento de albaceas, ó hacer legados, &c., es suficiente se cite en el testamento, de este modo.

"Es mi voluntad, que si despues de mi muerte se encontrare entre mis papeles alguna memoria testamentaria, escrita ó firmada por mí, con fecha posterior á este testamento y con tales señas, se guarde y cumpla su contenido, pues quiero se considere como parte de este mi testamento, á cuyo efecto se protocolizará en debida forma y se pondrá la correspondiente nota de este registro."

XV

La disposicion del testador no puede por sí misma realizarse; y por esto dije en su lugar, qué se entiende por albaceas, cuántas son sus especies, quiénes pueden serlo, cuáles sus atribuciones, cuál el tiempo en que deben ejercer su empleo, &c., &c. Ahora solo nos

Digitized by Google

falta decir, cómo se hace constar todo esto en el testamento. Se consigue de este modo.

"Y para cumplir esta mi voluntad, nombro por mis albaceas á D. N. y N. vecinos y residentes en este lugar, á quienes doy poder amplio para demandar judicial y estrajudicialmente los bienes que me pertenecen ó pertenezcan, y les confiero las demas facultades que necesiten para cumplir esta mi última voluntad á todos y cada uno *in sólidum* ó de mancomun, y les prorogo el año del albaceazgo, por todo el tiempo que para desempeñar su encargo sea necesario."

En cuanto á esta próroga, solo debe ponerse cuando espresamente lo ordene el testador, y nunca á voluntad del escribano, como generalmente sucede.

XVI

No hay duda sobre que el que puede testar puede revocar su testamento; y por lo mismo es indispensable saber, que la cláusula de revocacion se redacta así, siendo general.

"Quiero y es mi voluntad que este mi testamento sea válido, y no otro que ántes tengo hecho, ni el que otorgare despues de éste; pues desde ahora lo revoco por ser mi voluntad, para que no valga, sino éste."

Y si se revoca en parte ó de otra manera, se dirá.

"Es mi voluntad que este mi testamento, y no otro que ántes ó despues hubiere hecho, sea válido; salvo si en el posterior á éste se encuentran tales palabras (se dicen) pues si las hubiere, ha de ser el subsiguiente á éste, el que valga, y ninguno otro anterior."

En el testamento posterior derogatorio del anterior, se redacta la derogacion así.

"Y por el presente, revoco y anulo todos mis testamentos, y demas disposiciones testamentarias qué ántes de ahora, haya en cualquiera forma otorgado; para que ninguno valga, cualesquiera que sean las seguridades, penas y juramentos que contenga, y aun cuando tenga cláusula derogatoria particular, cuyas palabras se entenderán aquí insertas literalmente, á fin de que bajo ningun pretesto se les

Digitized by Google

dé valor judicial ó estrajudicialmente, escepto á este mi testamento que es el único que quiero se tenga y estime por tal, y por mi última deliberada voluntad, en la forma que para mayor validez se requiera en derecho."

XVII

He seguido el método analítico en la redaccion de un testamento, por creer que este es el mejor modo de saber redactar las partes y el todo; esto es, el testamento. Solo nos falta, pues, redactar dichas partes ordenadamente y ver así el todo. Procuraré que reuna la mayor parte de las cláusulas ántes esplicadas.

Testamento nuncupativo.

"En el nombre de Dios Todopoderoso: yo D. Narcizo Lopez, mayor de edad, natural y vecino de Morelia, hijo legítimo de D. Mariano Lopez y de Dª María Antonia García, ya difuntos, naturales que fueron el primero de México y la segunda de Guadalajara; hallándome en cama de la enfermedad que Dios Nuestro Señor se ha servido enviarme; pero en mi entero y cabal juicio y conocimiento; y creyendo como firmemente creo en el Augusto misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu-Santo, tres personas distintas y un solo Dios verdadero: en el de la Encarnacion del Divino Verbo y los demas que cree y confiesa nuestra Madre la Santa Iglesia Católica, Apostólica, Romana, como en el de la Inmaculada Concepcion de Nuestra Señora la Vírgen María, bajo cuyo patrocinio y el de los Santos y Santas de la corte del cielo, y los especialmente de mi amparo y devocion, encomiendo mi alma á Dios: hago mi testamento en la forma siguiente. Es mi voluntad que verificado mi fallecimiento, quede amortajado mi cuerpo con tal hábito ó trage y sea conducido al cementerio, sin ostentacion alguna, y colocado en un nicho que no sea muy costoso, sobre todo lo cual hago muy especial encargo á mis albaceas.—A las mandas forzosas, lego por una sola vez la limosna y cantidad acostumbrada.—Es igualmente mi voluntad, que el funeral sea humilde y muy moderado, sin que

Digitized by Google

por ningun respeto humano dejen mis albaceas de observar esta advertencia; pues prefiero se inviertan en misas por mi alma y en limosnas á los pobres verdaderamente necesitados los gastos que debia importar un funeral suntuoso y lucido.—Quiero que á la mayor brevedad posible se celebren despues de mi muerte tantas misas rezadas y en tales altares privilegiados, de tales iglesias, sin perjuicio de los derechos parroquiales, dándose de limosna por cada misa un peso.—Declaro hallarme casado con la Sra. Dª Luisa Perez, natural de esta ciudad, de cuyo matrimonio he tenido tres hijos: D. Pedro, Dª Rosario y D. Vicente, los cuales son menores de edad.—Asimismo declaro, que la citada mi esposa trajo al matrimonio diez mil pesos, segun consta de la escritura respectiva, que otorgué ante tal escribano en tal fecha.—Tambien declaro que á nadie debo un centavo.—Lego á mi citada esposa, en prueba de cariño, el quinto de todos mis bienes, derechos y acciones que tengo ó tuviere.—Y mediante á que mis tres citados hijos, se encuentran en la menor edad, nombro á su madre y mi esposa por tutora y curadora de dichos mis hijos, con relevacion de fianzas.—En consideracion á que mi hija Dª Rosario en razon á su sexo, edad y enfermedades que padece, ha de verse mas necesitada que mis otros hijos, la mejoro en el tercio de mis bienes (sacado el quinto) que le consigno en tales bienes—Del remanente que quedare de todos mis bienes despues de cumplido lo que en este mi testamento llevo ordenado, nombro é instituyo por mis herederos á mis tres mencionados hijos, por partes iguales. Y si los tres fallecieren en la edad pupilar, y no les sobreviviere la madre, nombro por su heredero á D. Feliciano Rodriguez de esta ciudad.—Es mi voluntad que si dejare alguna memoria con fecha posterior á este testamento escrita y firmada por mí y con tales señas, se tenga por parte de este testamento y como si en él mismo se hubiere espresado.—Para cumplir esta mi voluntad, nombro por mis albaceas testamentarios, á la referida mi esposa Dª Luisa Perez, á D. José Barragan y á D. Pelagio Herrera, vecinos y residentes en este lugar, á quienes doy poder amplio para que judicial y estrajudicialmente practiquen la particion de mis dichos bienes,

Digitized by Google

entre mis hijos y esposa, segun lo dispuesto en este mi testamento: les confiero todas las demas facultades que sean necesarias para cumplirlo y ejecutarlo; se las concedo de mancomun y á cada uno *in sólidum;* y les prorogo el año del albaceazgo por todo el tiempo que fuere necesario.—Y por el presente revoco y anulo todas las disposiciones testamentarias que ántes de ahora en cualquiera forma haya otorgado aun cuando contuvieren cláusulas derogatorias, generales ó especiales, las que quiero se tengan por puestas al pié de la letra, en este mismo testamento, pues es mi voluntad que ninguno valga, en juicio ni fuera de él, escepto este mi testamento, y memoria citada, que mando se tenga por tal, se cumpla en todas partes, como mi última deliberada voluntad ó en la forma que mejor sea en derecho. Así lo dijo y firmó el otorgante, á quien doy fé conozco, en esta ciudad, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos que lo fueron los ciudadanos N., N. y N. de esta vecindad. Doy fé.—Firma del testador.—Firmas de los testigos.—Ante mí.—*Fulano de tal.*—Signado."

XVIII.

Dijimos en su lugar que podia nombrarse un apoderado para hacer por el testador, el testamento: agregamos que conforme á las leyes, este poder para testar no es otra cosa que un testamento en poder, y que el apoderado nada puede hacer si no se le da facultad y se le fija en quién, cómo y cuándo debe ejercerla; y esto no solo en cuanto á las personas herederas y sus bienes, sino tambien en cuanto á los sustitutos, &c., &c. Véamoslo realizado y nos convencerémos de la verdad de lo dicho.

Poder para testar.

"En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, compareció D. Elías del Rio, vecino de la misma, natural de tal parte, hijo legítimo de D. N. y Dª N., naturales de la misma, hoy difuntos; y creyendo como firmemente cree, (aquí la profesion

Digitized by Google

de fé) dijo: que no siéndole posible por sus grandes ocupaciones, ordenar su testamento, con la claridad, detenimiento y madurez que se necesita, y teniendo, como tiene, entera confianza de que lo hará con suma prontitud su amigo el Sr. D. N, vecino de esta ciudad, tanto por la eficacia que á este señor caracteriza, como por el completo conocimiento que tiene de la cuantía y estado de los bienes del poderdante, de su libre y espontánea voluntad, y como mas haya lugar en derecho, otorga: que da y confiere su mas amplio poder al citado D. N., para que á su nombre y en representacion de sus derechos y acciones formule y ordene dentro del término legal su testamento; en consecuencia para que disponga su entierro, funeral, misas y demas sufragios que tuviere por conveniente: para que haga su declaracion, las remisiones de deudas, y descargos de su conciencia; para que haga los legados que le pareciere, á favor de sus criados y personas que le hubieren servido con fidelidad y esmero; para que nombre sustitutos, á sus hijos pupilos, y les dé por tutor y curador á D. M., vecino de tal parte; para que ejecute las demas cosas que le tiene comunicadas y le comunicare en algun papel ó memoria testamentaria que á su fallecimiento dejare escrita, ó al ménos firmada por él: y asimismo para que del remanente que resulte de sus bienes, derechos y acciones, nombre por sus únicos y universales herederos, y en iguales partes, á sus hijos D. N , D. N. y D. N. que tuvo de su legítimo matrimonio con Dª N. ya difunta: para que nombre los albaceas que tenga por conveniente, que cumplan y ejecuten lo dispuesto en el testamento, que en virtud de este poder ordenare; concediéndoles al efecto las facultades necesarias, prorogándoles el año del albaceazgo, por el tiempo que fuere preciso: y finalmente, para que revoque y anule cualquiera otra disposicion que ántes de ahora hubiere hecho; para que ninguna valga en juicio ó fuera de él, sino solo el presente poder, y testamento que en su virtud ordenare, que es el que quiere y manda se cumpla, como su última y deliberada voluntad ó como mas haya lugar en derecho. Así lo dijo y firmó el otorgante á quien doy fé conozco; siendo testigos D. N., D. N., D. N., D. N. y D. N. vecinos y residentes

Digitized by Google

en esta ciudad. Firmas del otorgante, y de los testigos. Ante mí, fulano. Signado."

XIX.

El testamento hecho en virtud de un poder se redacta así.

"En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, fulano de tal, vecino y natural de ella, á nombre de fulano, difunto, y en virtud del poder para testar, que le confirió en ella, á tantos de tal mes y año, ante fulano, escribano público de la misma, cuya copia original entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y su tenor es como sigue: (aquí el poder y si fuere copia del testamento se trascribirá al pié de la letra, y dirá el escribano: "Concuerda con su original á que me remito, y el que me fué exhibido en tantas fojas útiles, de todo lo cual doy fé.") Y asegurando el otorgante, como asegura y declara, no estarle suspenso, ni restringido; que lo tiene aceptado, en uso de las facultades que en él se le confieren, y aceptándolo de nuevo, dijo: que el mencionado D. Fulano, su poderdante, falleció tal dia, bajo el poder inserto; y en cumplimiento de lo que él dejó ordenado, y le tenia indicado, se hizo tal dia su entierro y funerales: (aquí espresará el apoderado, los términos en que esto se verificó, y sufragios que se aplicaron &c.; y continuará:) por todo lo que se pagaron los correspondientes derechos." (A continuacion se van insertando las demas determinaciones del difunto, y el cumplimiento que les haya dado el comisario; las facultades que le hubieren sido conferídas, y el uso que haya hecho de ellas: y si alguna de las disposiciones del poderdante no se ha cumplido, se espresará la razon, y al fin se pondrá la conclusion de testamento, en la forma que queda espresada.)

XX.

Sabemos que puede hacerse un testamento al que por sus solemnidades, sus objetos, y por las cosas de que únicamente puede ocuparse, se le da comunmente el nombre de codicilo; y que por las

Digitized by Google

razones espuestas llamé testamento particular. Véamos ahora como se redacta.

CODICILO ABIERTO.

En tal parte á tantos de tal mes y año, ante mí el infrascrito escribano de esta ciudad, y testigos qne se espresan, compareció D. F. G., mayor de edad, vecino de dicha ciudad, á quien doy fé conozco y dijo: que tal dia mes y año, otorgó su testamento, ante fulano, escribano de la misma; y deseoso de suplir algunas omisiones que entónces tuvo; y de hacer algunas otras modificaciones, ha determinado hacer su codicilo; y para practicarlo con arreglo á derecho, otorga: que manda y es su voluntad, que el dia mismo de su fallecimiento, si fuere posible, y si no el mas próximo, se celebren en tal iglesia, tal número de misas, dándose un peso de limosna por cada una; igualmente manda se entreguen doscientos pesos á D. N., vecino de tal parte, para que los distribuya en los términos que le tiene comunicados; que revoca y anula el legado que en su citado testamento hacia á favor de D. N. á quien por consiguiente no se le entregará dicho legado ó cosa en que consista. [Aquí se continúan las demas disposiciones codicilares concluyendo.] Todo lo que quiere valga en la forma que mas haya lugar en derecho; y revoca y anula dicho testamento en lo que fuere contrario, y en lo que le sea conforme, y en lo demas lo aprueba y ratifica y deja en toda su fuerza y vigor, para que se tenga por su última y deliberada voluntad. Así lo dijo y firmó el otorgante; siendo testigos D. N., D. N., D. N., D. N. y D. N,, vecinos de esta ciudad. Doy fé. Firmas del otorgante, de los testigos y la del escribano con su signo.

CODICILO CERRADO.

En tal parte, á tantos del tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, compareció D. F. G., mayor de edad, vecino de la misma, á quien doy fé conozco, y dijo: que con tal fecha y ante tal escribano, tiene otorgado su testamento; y por haber variado las circunstan-

Digitized by Google

cias, ha resuelto reformarlo por medio de este codicilo; y en consecuencia declara: que en este cuaderno cerrado bajo cubierta, tiene ordenado su codicilo; que es su voluntad que su contenido valga, y se cumpla inviolablemente, como su última deliberada voluntad en la forma que mas haya lugar en derecho; pues que revoca y anula la parte del citado testamento que le fuese contraria; y en todo lo demas lo ratifica y deja en toda su fuerza y vigor; revoca igualmente todos los codicilos que ántes de ahora haya formado para que ninguno valga judicial ó extrajudicialmente solo el presente. Así lo dijo y firmó; siendo testigos los ciudadanos N., N., N., N. y N., de esta vecindad. Doy fé. Firmas del otorgante, testigos y escribano, quien tambien signará.

XXI.

Los testamentos cerrados de cuya doctrina y redaccion me ocupé en su lugar, se abren del modo que sigue.

Pedimento.

Sr. juez de 1ª *instancia.*

Fulano de tal, vecino de tal parte, ante V. como mejor proceda. digo: que fulano de tal, vecino de esta misma, estando enfermo, otorgó ante fulano escribano de dicha ciudad, á tantos de tal mes y año, el testamento cerrado que debidamente acompaño; y bajo él falleció hoy á tales horas; y respecto á tener entendido que me dejó por su albacea [ó lo que fuere] para que se cumpla lo que él dispuso,

A V. pido: que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra y publique con la solemnidad debida; y que reduciéndolo á escritura pública, se den á los interesados, los traslados y cópias que pidan y les competan, interponiendo para su mayor validacion, la autoridad judicial en derecho necesaria; pues así es justicia: juro ó protesto no pedirlo de malicia y lo necesario &c.

Digitized by Google

Auto. Por presentada la parte con el documento que acompaña: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparecerán en este juzgado á tal hora de tal dia; y evacuando en la parte que baste, tráigase para proveer. El Sr. juez de tal parte D. fulano de tal, así lo proveyó y firmó. Doy fé. Firmas del juez y del escribano ó testigos en su falta.

Informacion. En tal parte, á tantos de tal mes y año, fulano de tal, contenido en el pedimento y auto anterior, cumpliendo con lo en dicho auto mandado, presentó por testigo á N., de quien por ante mí, recibió el Sr. Juez, el juramento ó protesta en forma, por el ó por la que prometió decir verdad en cuanto supiere y fuere preguntado. Y siéndolo al tenor del juramento y habiéndole preguntado si presenció la autorizacion del pliego cerrado que se le presenta, dijo: que es cierto que fulano de tal, vecino que fué de aquí, estando enfermo, y al parecer en pleno uso de sus sentidos y potencias, en tal dia otorgó su testamento cerrado, ante N., escribano, cuyo acto presenció el declarante como testigo llamado, con los demas que en el consta; y á vista de todos espresó con palabras claras y perceptibles, que aquel pliego cerrado contenia su testamento y última voluntad, en el que dejaba hechas todas sus disposiciones: que no queria que se abriese hasta despues de su fallecimiento, y con las solemnidades de derecho: que por él revocaba todas las disposiciones testamentarias que ántes hubiere hecho: que el declarante firmó con el testador, y los otros que supieron; y por los que no supieron lo hicieron N. y N.: que la firma del testador, [que dice fulano de tal] es la suya propia que acostumbra usar en todos sus negocios y por tal la reconoce, como tambien el pliego, que está lo mismo que cuando lo firmó; é igualmente, que el testador falleció hoy, segun le han dicho, de la misma enfermedad que padecia, y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento ó codicilo verbal ni escrito. Que es lo que sabe y puede declarar, y toda la verdad que prometió decir por su protesta, en que se afirmó, ratificó y firmó con el Sr. Juez, espresando tener tantos años de edad &c. De todo lo cual doy fé. Firma del Juez.—Del testigo.—Ante mí—Fulano de tal.

Digitized by Google

Así se siguen las demas declaraciones, que por lo ménos deben ser cuatro.

Auto. Por lo que resulta de la anterior informacion, y mediante á estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra alguna, el testamento presentado, ábrase y publíquese por el presente Juzgado; y fecho se proveerá. El Sr. Juez &c.

Diligencia de apertura. Incontinenti, el espresado Sr. Juez, quitó en mi presencia y de los testigos examinados, el sello [ó lo que fuere,] con que estaba cerrado el repetido pliego; lo abrió y leyó secretamente para sí, y en seguida me lo entregó para que lo publique, constante de tantas fojas útiles, escritas en papel de tal clase, y al pié una firma que dice: "fulano de tal," ó sin firma; y cuyo tenor literal es el que sigue. Se lee. Doy fé. Fulano de tal.

Auto. En tal parte, á tantos de tal mes y año, el Sr. D. N., Juez &c. habiendo visto estos autos dijo: que reduce á escritura pública, y declara por testamento y última voluntad de fulano de tal, todo lo que, en tantas fojas útiles que contiene y rubriqué, está escrito: y mandó que se protocolice en los registros del presente escribano, y traslade conforme á la ley; y que de él y de estos autos se den á los interesados las cópias y testimonios que pidieren, y les pertenecieren. Y para la mayor subsistencia y validacion de todo, interpone su autoridad en la forma legal; y lo firmó. Doy fé. Firma del Juez. Ante mí. Fulano de tal.

En la cópia se pondrá, primero: el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencias de apertura; despues el testamento y otorgamiento; y al último el auto final.

XXII.

DILIGENCIAS para declarar por testamento nuncupativo, lo dispuesto de palabra ante testigos.

PEDIMENTO.

Sr. Juez de 1ª instancia.

Fulano de tal, vecino de este pueblo, ante V. salvas las protestas legales, dijo: que fulano de tal, de la misma vecindad, hallándose tal

Digitized by Google

dia muy grave de la enfermedad que padecia, y no pudiendo por lo mismo formalizar su testamento por ante escribano, á presencia de F., N. y N. á quienes interpeló por testigos, despues de haber hecho la protesta de fé, dijo: que queria que despues de su fallecimiento se hiciera [aquí se pone en resúmen la disposicion si fuere verbal, ó con referencia á la cédula si fué por escrito,] y pidió á los testigos que lo fuesen de que aquella era su última voluntad, y que así lo declarasen en juicio si sobre ello fueren preguntados. Ymediante á haber fallecido hoy bajo de esta disposicion,

A V. suplico se sirva mandar, que al tenor de este escrito se examinen los testigos nominados; y declarar sus deposiciones, por testamento nuncupativo del espresado fulano de tal, y asimismo ordenar que se protocolicen en el archivo del escribano, y se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren, interponiendo para su mayor validez y firmeza, su autoridad judicial, cuanto en derecho se requiera, pues es justicia &c.

Auto: recíbase á esta parte la informacion que ofrece, y evacuada tráigase para proveer. El Sr. D. N. juez de &c.

Informacion. "En tal pueblo; á tantos de tal mes y año, fulano de tal, vecino de él, presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida, y le está mandada recibir, á N., de la misma vecindad, á quien el Sr. juez por ante mi *recibió juramento* ó *protesta*, por el ó por la que prometió decir verdad en lo que supiere y fuere preguntado; y siendo al tenor del anterior escrito, dijo: [aquí la relacion del testigo, detallando las disposiciones del difunto] y sabe el declarante que el referido testador falleció bajo esta disposicion, porque no oyó que hubiese otorgado otra: que es lo que pasó en aquel acto, y la verdad que tiene ofrecida, *bajo el juramento* ó *protesta que prestó*, en lo que se afirmó y ratificó, y firma con el Sr. juez, espresando tener tantos años de edad, y no ser pariente del testador ni de quien lo presenta. Doy fe. Media firma del juez; firma de testigo, y media firma del escribano."

Auto. En tal parte á tantos de tal mes y año el Sr. juez D. N. habiendo visto estos autos, dijo: que mediante á que resulta de las declaraciones contestes de los testigos instrumentales que han sido

Digitized by Google

examinados, la disposicion verbal bajo que falleció fulano de tal, vecino que fué de esta, debia declarar y declara todo cuanto está espresado en ellas, por sú testamento nuncupativo y última voluntad; y en su consecuencia, mandó que como tal se observe y cumpla íntegra é invariablemente; que estos autos se protocolicen en el registro de escrituras públicas del presente escribano, á que reduce dichas disposiciones para que por tal se estimen y tengan, y que de todo se den á los interesados los traslados que pidieren, y fueren de su derecho; de manera que hagan fe, pues para su mayor validacion, interpone la autoridad de su oficio, cuanto puede y ha lugar en derecho y lo firmó de que doy fe." Firmas del juez y del escribano.

XXIII.

Inventario á instancia de parte.

PEDIMENTO.

Señor juez de 1ª *instancia.*

Fulana de tal, vecina de esta villa, y viuda de N., ante V. como mejor proceda, digo: que el citado mi marido falleció el dia tantos, bajo el testamento que tenia otorgado en tantos, ante F. escribano; por el cual instituyó por herederos á fulana nuestra hija, menor de doce años, y á N. y N. sus hijos, y de su primera mujer Dª M., mayores de veinticinco años, segun se acredita del referido testamento del que en debida forma presento cópia testimoniada, para que se sepa qué bienes dejó, y se dividan á su tiempo entre los interesados, aceptando como acepto, á nombre de mi hija, la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte. Y

A V. suplico se sirva dar por presentado el testamento, y por aceptada por mí á nombre de mi hija la herencia con el beneficio espresado, y en consecuencia mandar que con citacion de los interesados se inventarien y tasen por peritos que elijamos, los bienes todos del difunto, para fecho pedir lo que corresponda en justicia; ella mediante, juro ó protesto lo necesario &c.

Digitized by Google

Otrosí. "Respecto á carecer de edad competente la espresada N. mi hija para nombrar por sí curador para este pleito, pido á Vd. se sirva nombrárselo de su confianza, para que con su asistencia se practique todo; fecha ut supra &c."

Auto. "Por presentado el testamento, y por aceptada la herencia en la forma que se espresa; con citacion de los interesados, hágase el inventario y tasacion de los bienes, caudal y efectos que dejó fulano de tal, á cuyo fin nombrarán tasador; y atendida la edad pupilar de N. se le nombra curador para pleitos á F., á quien se le hará saber para que aceptando, jurando ó protestando, y afianzando en forma, se le discierna el cargo; y hecho todo esto, se practique cualquier acto relativo á su curador con asistencia de este, ante cualquiera escribano; y evacuando, pidan las partes lo que les convenga. El Sr. D. N. juez de &c., así lo proveyó y firmó. Doy fe. Firma del juez y la del escribano.

Notificacion, aceptacion y fianza del curador.

En tal parte a tantos de tal mes y año &c. Yo, el presente escribano hice notorio el auto anterior á F, y enterado, dijo: lo oye y acepta el cargo de curador para pleitos, de N., pupila, hija legítima de fulano, difunto; y bajo el juramento ó protesta que hizo por Dios Nuestro Señor, y la señal de la cruz, en forma de derecho, se obliga á desempeñar bien y fielmente dicho empleo á defender á su menor, no solo en el inventario, tasacion y particion de los bienes de su padre, para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que al presente tenga, ó se le ofrezcan despues, ya sea actora ó demandada, hasta conseguir lo que justamente intente; y á este efecto practicará cuantos pedimentos, recursos y diligencias judiciales y extrajudiciales sean necesarias, y practicaria por sí misma, dicha menor si pudiera; de modo que por su culpa, omision ó negligencia no quede indefensa ni sufra el mas leve detrimento; y para ello se aconsejará de letrados y personas de ciencia y conciencia. Y si por no cumplir lo prometido se la irrogare algun perjuicio, lo sa-

Digitized by Google

tisfará y resarcirá con sus bienes, á lo que quiere y consiente ser apremiado por todo el rigor de la ley. Y para mayor seguridad ofrece por su fiador á D. N. que está presente, el cual dijo: que se constituye por tal; y promete y se obliga á que el nominado curador cumplirá como debe, lo que ha ofrecido; y en caso de no, pagará á la menor los daños que la ocasione, y no haciéndolo lo satisfará el otorgante como su fiador llano, hecha previa escusion en sus bienes, á cuyo fin hace suya propia la deuda agena, en este caso de responsabilidad del curador. Y á todo lo referido se obligan ambos con sus bienes presentes y futuros; y con ellos se someten á los jueces competentes, para que á ello los compelan y apremien por el rigor de la via ejecutiva, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida; pues que por tal la reciben: y renuncian las leyes que en contra de lo dicho pudieran favorecerles. Así lo dijeron y firmaron, siendo testigos N., N. y N. de esta vecindad. Doy fé. Firmas del curador, fiador y escribano.

Discernimiento de la curatela. En tal parte, &c., el Sr. juez D. N. &c., habiendo visto las diligencias anteriores, dijo: que discernia y discierne el oficio y cargo de curador para los pleitos de la persona y bienes de la pupila Dª N. á J., y le confiere poder ámplio, con libre, franca y general administracion, y con facultad bastante cual en derecho se requiera, para que la defienda, así en el juicio de inventario y particion de bienes de N. su padre, como en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que actualmente tenga y tuviere miéntras sea su curador, con cualquiera persona, siendo actora ó demandada, en todos los tribunales seculares ó eclesiásticos, superiores ó inferiores poniendo demandas, ó contestando las que le pusieren, presentando pedimentos, memoriales, escrituras, y otros instrumentos justificativos: pidiendo ejecuciones, prisiones, embargos, desembargos, venta y remate de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones y juramentos, y presentando alegatos, probanzas, ratificaciones y abonos de testigos, comprobaciones de instrumentos, de letras y firmas, y nombramiento de peritos para ellas y para otras cosas y reconocimientos que se ofrez-

Digitized by Google

can: forme artículos, é introduzca recursos, los siga ó se aparte de ellos, decline jurisdiccion de jueces incompetentes, acuse rebeldías, pretenda, goce ó renuncie términos ó prorogaciones de ellos, redarguya de falsos, civil ó criminalmente, los instrumentos que presentaren los colitigantes; tache y contradiga todo lo que por éstos se dijere y alegare; concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas; consienta las favorables, y de lo adverso apele y suplique: gane provisiones, sobre-cartas, censuras y otros despachos, los que haga leer é intimar, donde y á las personas contra quienes se dirijan: y finalmente, haga y practique todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran y deba practicar como buen curador, en utilidad de su menor, hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, tomando consejo en lo que el suyo no baste, de letrados y personas de ciencia y conciencia, que sepan dárselo para el acierto y mayor validacion y defensa de su menor; de modo que á ésta no se irroguen perjuicios ó detrimento, por su culpa ó morosidad, pena de daños; pues para todo lo dicho, su incidente, anexo y accesorio, le confiere dicho señor juez, el mas ámplio, cumplido y bastante poder; con facultad de que por cuenta y riesgo del curador pueda sustituir esta curatela, en quien y las veces que quiera, revocar sustitutos y elegir otros; y á todo lo que practicare en utilidad y defensa de la citada menor, y de sus bienes, interpone su autoridad y decreto judicial cuanto ha lugar en derecho; y lo firmó. Doy fé. Firmas del juez y del escribano.

Citaciones. En tal parte, á tantos de tal mes y año, &c., yo el escribano cité para proceder al inventario que espresan estos autos, á P., viuda de F., á N. y N., hijos de éste, y á L., curador ad-litem de la menor, quienes se dieron por citados para el dia de mañana (si á un tiempo se hubiere de hacer el inventario y tasacion, se agregará) y dijeron: que para que el inventario y tasacion se evacuen á un tiempo y con mayor prontitud, nombran uniformemente (si así fuere, y si no en los términos que lo hagan) á F. agrimensor, para el aprecio de las tierras (y así á los demas avaluadores que fueren necesarios) á quienes piden se haga saber este nombramiento, á fin de

Digitized by Google

que lo acepten. Esto respondieron y firmaron: doy fé. Firma de todos y media del escribano.

Notificacion de un perito. En tal parte, &c., yo el escribano hice notorio el nombramiento que de él se ha hecho, á F., agrimensor, en su persona que conozco, y entendido dijo: que acepta el cargo que se le ha conferido, y se obliga á evacuarlo bien y fielmente segun su inteligencia sin agraviar á los interesados: esto contestó y firmó: doy fé. Firma de él, y media del escribano.

Aprobacion de peritos nombrados. En tal parte &c., el Sr. juez D. F. habiendo visto estos autos dijo: que habia y hubo por nombrados para peritos avaluadores de los bienes á que se refieren estas diligencias, á N., N. y N., quienes fecho el justiprecio, harán de él su relacion jurada, para en su vista proveer. Así lo decretó y firmó. Doy fé. Firmas del juez y escribano.

Primer dia de inventario y tasacion. En tal parte, á tantos de tal mes y año, estando en la casa en que vivió y murió N., á efecto de proceder al inventario y tasacion de los bienes, presentes sus hijos mayores N. y N. que dijeron aceptaban la herencia con el beneficio de inventario y no de otra suerte; y F. curador ad-litem de N. menor, requerida Fulana la viuda, á fin de que pusiese de manifiesto los bienes que dejó para inventariarlos y apreciarlos, y estando igualmente presentes los peritos avaluadores nombrados N. N. y N., se les recibió juramento ó protesta que hicieron por Dios Nuestro Señor y la señal de la Cruz, y bajo de él ó de ella, prometieron hacer el aprecio segun su leal saber y entender, sin causar agravio á los interesados, y en seguida se inventariaron y avaluaron los siguientes. (Se irán citando los que fueren, así como sus precios.) Y por ser tal hora de la tarde se suspendió este inventario para seguirlo mañana, importando los bienes inventariados y tasados en este dia, tantos pesos, salvo error; y declararon los apreciadores haber procedido bien y fielmente segun su inteligencia, bajo el juramento que prestaron y en que se afirmaron y ratificaron: y por convenio de los interesados se constituyó depositaria de los mismos á la nominada viuda, la cual se dá por entregada de ellos con renuncia de las le-

Digitized by Google

yes de este caso, y se obliga á custodiarlos, tenerlos en depósito y fiel encomienda, y á no entregarlos á persona alguna sin especial mandato del señor juez que conoce de estos autos, ú otro competente, bajo la pena de pagarlos de los suyos, y de incurrir en las impuestas por derecho contra los que no dan cuenta de los depósitos que la justicia les confia y demas que haya lugar, para lo cual obliga todos sus bienes muebles y raices habidos y por haber; y da poder á los señores jueces que deban conocer de esta causa, para que á ello la compelan como por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, consentida y no apelada, que por tal la recibe; y renuncia las leyes de su favor: así lo otorga y firma con los demas interesados, á quienes doy fé conozco, y los peritos avaluadores: siendo testigos F., F. y F., de esta vecindad. Doy fé. Firman todos y el escribano.

Forma de una cuenta de particion y division con mejoras y colacion. En tal pueblo, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino de tal parte, contador y partidor nombrado por María, viuda de Pedro y de su primera mujer, Rita, para dividir entre ellos los bienes derechos y acciones que han quedado por el fallecimiento del espresado Pedro, habiendo visto y héchome cargo de los inventarios y tasacion de dichos bienes, lo deducido por las partes interesadas diligencias, proveidos y demas recados que obran en los autos seguidos con este motivo en este juzgado por el que se me han entregado, hago para mayor claridad las siguientes esplicaciones. (Seguirán éstas, numerándolas y conforme convengan con arreglo á los documentos y demas constancias que se tengan á la vista, y concluidas dirá.) Con arreglo á todo lo cual procedí á formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deduccion de él, division y adjudicacion en la forma siguiente.

Digitized by Google

CUERPO DE HACIENDA.

1	Primeramente se pone por caudal dos mil pesos valor de una huerta, de tantas fanegas, situada en tal parte, que linda (aquí sus linderos) y trajo Pedro al tiempo de contraer matrimonio con la espresada María, avaluada entónces en mil quinientos pesos, y al presente por esta particion en dos mil	2,000 0
2	Quinientos pesos de otra idem que contiene tantas fanegas, situada &c., que compró el referido Pedro durante su matrimonio, apreciada en tal cantidad.	500 0 0
3	Mil y quinientos de otra idem de tantas fanegas, &., que trajo en dote la referida María, avaluada en esa cantidad.	1,500 0 0
4	Seiscientos pesos de una casa sita en tal parte, que la espresada María heredó durante el matrimonio por fallecimiento de su padre Santiago, que ha administrado hasta el dia de su muerte el repetido Pedro, y por haberse avaluado al tiempo que la introdujo al matrimonio, ha hecho constar ahora, valer entónces setecientos pesos y al presente solo seiscientos.	600 0 0
5	Seiscientos pesos precio de una casa propia de Juan, hijo y heredero de Pedro que compró aquel con dinero que ganó por sí, segun consta de tal escritura; y se ha avaluado en esta cantidad. . .	600 0 0
6	Ciento veinte pesos de un par de caballos de tales señas, avaluados en esa suma . . .	120 0 0
	A la vuelta . . .	5,320 0 0

Digitized by Google

	De la vuelta.	5,320 0 0
7	Ochenta pesos en que se avaluó un ajuar de tales señas.	80 0 0
8	Setenta en que lo fué un bufete de tales señas	70 0 0
9	Sesenta en que se avaluó una cómoda de tales.	60 0 0
10	Doscientos del de un adereso y perlas de tanto peso	200 0 0
11	Sesenta del de un ropero de madera fina de tales señas.	60 0 0
12	Cien pesos, valor de dos sortijas de oro con tantos diamantes.	100 0 0
13	Ciento diez pesos del de un servicio de plata compuesto de tales piezas con peso de diez marcos.	110 0 0
14	Novecientos pesos que en dinero efectivo se encontraron en tal parte	900 0 0
15	Setecientos pesos que resulta debiendo al referido Pedro, Antonio por tal causa. . . .	700 0 0
16	Y últimamente cuatrocientos pesos que resta aún Pablo por tal cuenta.	400 0 0
	Cuyas partidas hacen la suma de ocho mil ps.	8,000 0 0

Y para liquidar las gananciales habidas durante el matrimonio, y que pertenecen á ambos cónyuges, se bajan de dichos bienes las siguientes.

Deudas del cuerpo de hacienda.

1	Primeramente se bajan de él mil quinientos pesos, valor de la huerta que trajo como capital al matrimonio el citado Pedro, y de que se ha hecho cargo en el núm. 1 del cuerpo de hacienda. . .	1,500 0 0
	Al frente	1,500 0 0

Digitized by Google

	Del frente	1,500 0 0
2	Se rebajan seiscientos pesos por el valor de la casa que heredó María su mujer, y trajo sin aprecio al matrimonio, segun se ha esplicado en el n. 4.	600 0 0
3	Se bajan cien pesos del demérito que dicha casa ha tenido en el tiempo que la administró Pedro y que debe cobrar su mujer . . .	100 0 0
4	Se bajan mil quinientos pesos que trajo María por vía de dote estimada, cuando contrajo matrimonio	1,500 0 0
5	Se bajan para la misma María doscientos pesos que de los bienes gananciales habidos en su matrimonio, dió Pedro por vía de dote á su hija Mariana y de su primera mujer Rita . . .	200 0 0
6	Se bajan doscientos sesenta pesos que se están debiendo á Felipe por tal cosa, cuya deuda fué contraida por Pedro durante su matrimonio con María .	260 0 0
7	Se bajan seiscientos pesos, valor de la casa que Juan, hijo de Pedro y heredero, compró por sí mismo, y administró su padre	600 0 0
8	Se bajan 120 pesos del usufructo de cuatro años que percibió Pedro de la espresada casa de Juan.	120 0 0
9	Se bajan ciento cincuenta pesos, honorarios del contador-partidor segun el art. 1º cap. 9º del arancel, y deducidas las sumas que esceptúa el art. 2º de dicho capítulo	150 0 0
10	Ultimamente se bajan cincuenta pesos en que se calculan aproximadamente los honorarios judiciales por esta cuenta.	50 0 0
	Cuyas partidas suman la cantidad de cinco mil ochenta pesos. (1)	5,080 0 0

(1) Si hubiere bienes reservables á favor de los hijos del primer matrimonio, se listan en el cuerpo de hacienda, y se bajan á las deudas del mismo, haciéndose de ella liquidacion y distribucion entre sus partícipes.

Digitized by Google

Liquidacion de gananciales.

Importa el cuerpo de hacienda ocho mil pesos.	8,000 0 0
Idem las bajas y deducciones por sus deudas y responsabilidades, cinco mil ochenta . .	5,080 0 0
Resultan por bienes gananciales entre Pedro y María, dos mil novecientos veinte pesos . .	2,920 0 0
Los que divididos en dos partes iguales para los cónyuges, tocan á cada uno mil cuatrocientos sesenta pesos	1,460 0 0

Distribucion del cuerpo de hacienda.

Haber de María por su dote	1,500 0 0
Por el valor de la casa que heredó de su padre	600 0 0
Por el demérito que tuvo y debe cobrar. .	100 0 0
Por el menoscabo de la dote que llevó Mariana, su hijastra.	200 0 0
Por lo que le corresponde de gananciales . .	1,460 0 0
Juan ha de haber por el valor de la casa que compró	600 0 0
Por el usufructo de ella	120 0 0
Felipe ha de haber por su deuda . . .	260 0 0
Pedro por el capital que trajo al matrimonio .	1,500 0 0
Por lo que le corresponde de gananciales. .	1,460 0 0
El contador-partidor por sus honorarios. .	150 0 0
El juzgado por los suyos	50 0 0
Cuyas partidas suman ocho mil pesos, que son los mismos que ha importado el cuerpo de hacienda	8,000 0 0

Digitized by Google

Cuerpo del caudal paterno.

Importa el caudal que ha quedado líquido á favor de Pedro:

1	Por el capital que trajo al matrimonio . .	1,500 0 0
2	Por la mitad de los gananciales habidos. .	1,460 0 0
	Suma el caudal paterno.	2,960 0 0

Bajas del caudal paterno.

Se bajan de él sesenta pesos que el referido Pedro mandó en arras á su mujer María, segun consta de la cláusula de su testamento. . . 60 0 0

Resto del caudal.

Por lo visto resulta líquido el capital en dos mil novecientos pesos 2,900 0 0

Y porque Francisco, hijo y heredero de Pedro fué mejorado por él en tercio y quinto de sus bienes, segun aparece de su testamento, se procede á liquidarlos en la forma siguiente:

Baja y liquidacion de tercio y quinto.

Quinto. Importa el quinto de los dos mil novecientos pesos á que ha quedado reducido el caudal líquido de Pedro, quinientos ochenta pesos. 580 0 0

Que rebajados del monto total de los dos mil novecientos, resulta el caudal reducido á dos mil trescientos veinte. 2,320 0 0

A la vuelta. 2,320 0 0

Digitized by Google

De la vuelta.	2,320	00
Tercio. Importa el tercio de ellos setecientos setenta y tres pesos, dos reales, cuatro granos .	773	2 4
Que deducidos de los dos mil trescientos veinte á que habia quedado reducido el caudal mortuorio, resulta este líquido en mil quinientos cuarenta y seis pesos, cinco reales, ocho granos. . .	1,546	5 8

Agregacion de donacion y dotes que deben traerse á colacion.

1	A los cuales se agregan trescientos pesos de que el referido Pedro hizo donacion á su hijo Francisco, segun consta de la escritura otorgada en tal fecha por ante F., escribano . . .	300	0 0
2	Se acumulan igualmente al caudal doscientos sesenta pesos que importó la dote que Pedro dió á su hija Teresa, cuando contrajo matrimonio con Luis, segun consta de la escritura, &c. . .	260	0 0
3	Por último, se agregan doscientos pesos que dió igualmente en dote á su hija Mariana, habida de su primer matrimonio con Rita, cuando aquella lo contrajo con Fernando, segun consta de tal escritura.	200	0 0
	Cuyas partidas y la de 1,546 pesos, cinco reales, ocho granos que resultó líquida deducidos el tercio y quinto, hacen la de	2,306	5 8

Legítima de los hijos.

Y dividida esta cantidad en cuatro partes iguales correspondientes á los cuatro hijos y herederos de Pedro, que son Juan, Francisco y Teresa del segundo matrimonio, y Mariana del primero, toca á cada uno de ellos por legítima y porcion		
Al frente.	2,306	5 8

Digitized by Google

	Del frente.	2,306 5 8
	hereditaria, quinientos setenta y seis pesos, cinco reales, cinco granos.	576 5 5

Resúmen del caudal paterno.

1	Francisco ha de haber por el quinto en que fué mejorado.	580 0 0
2	Por el tercio en que lo fué igualmente . .	773 2 4
3	Por su legítima	576 5 5
1	Juan ha de haber por su legítima . . .	576 5 5
1	Teresa ha de haber por su legítima . .	576 5 5
1	Mariana ha de haber por su legítima . .	576 5 5
1	Y María por las arras	60 0 0
	Cuyas partidas suman la cantidad de tres mil setecientos veinte pesos	3,720 0 0

De la cual deben hacerse las siguientes

Bajas de donacion y dotes.

1	De la donacion de Francisco . . .	300 0 0
2	De la dote de Teresa	260 0 0
3	De la dote de Mariana.	200 0 0
	Cuyas tres partidas hacen la cantidad de setecientos sesenta pesos.	760 0 0
	Los que rebajados de los referidos tres mil setecientos veinte á que ascendió el caudal líquido con lo colacionado, resultan los dos mil novecientos sesenta de que se formó el caudal mortuorio de esta partición.	2,960 0 0
	A la vuelta	2,960 0 0

Digitized by Google

	De la vuelta.	2,960 0 0

Resúmen y distribucion del cuerpo de bienes entre los interesados.

1	María, viuda, por su dote.	1,500 0 0
2	Por la casa que heredó de su padre . .	600 0 0
3	Por el menoscabo de ella.	100 0 0
4	Por otro tanto de la dote de Mariana. . .	200 0 0
5	Por la parte de gananciales.	1,460 0 0
6	Por las arras que le dió y mandó Pedro. . .	60 0 0
1	Juan por la casa que compró con bienes castrenses	600 0 0
2	Por el usufructo de ella.	120 0 0
3	Por su legítima.	576 5 5
1	Felipe por lo que le debe la herencia. . .	260 0 0
1	Francisco por el quinto.	580 0 0
2	Por el tercio	773 2 4
3	Por su legítima.	576 5 5
1	Teresa por su legítima.	576 5 5
1	Mariana por su legítima.	576 5 5
	El contador partidor por sus honorarios. .	150 0 0
	El juzgado por los suyos.	50 0 0
	Cuyas partidas suman la total de ocho mil setecientos sesenta pesos.	8,760 0 0
	De la que, rebajados setecientos sesenta pesos que importa la donacion de Francisco. . .	760 0 0
	Resultan. . . .	8,000 0 0

Que son los mismos que importó el cuerpo de hacienda de todos los bienes del espresado Pedro. Y para satisfacer á cada uno de los interesados lo que les pertenece paso á formar las adjudicaciones.

	Al frente.	8,000 0 0

Digitized by Google

Del frente 8,000 0 0

Hijuela de las adjudicaciones á los interesados.

HIJUELA DE MARIA, VIUDA.

Ha de haber María, viuda de Pedro, de los bienes de la testamentaría de éste por su dote, casa que heredó de su padre, menoscabo de ella, otro tanto de la dote que dió su marido á Mariana su hija y de su primera mujer Rita, de bienes gananciales, y por las arras que le mandó el referido Pedro, tres mil novecientos veinte pesos para cuyo pago se le adjudican los bienes siguientes:

1 Primeramente se le adjudica una huerta de tantas fanegas, situada, &c., la misma que se especificó en el núm. 1 del cuerpo de hacienda de esta particion en precio y estimacion de dos mil pesos. 2,000 0 0

2 Otrosí: la huerta especificada en el núm. 2, en precio y estimacion de seiscientos pesos. . , 600 0 0

3 Otrosí: una casa sita en tal parte, &c., que se especifica en el núm. 4, la misma que heredó de su padre en precio y estimacion de seiscientos pesos. 600 0 0

4 Setecientos pesos, que ha de cobrar de Antonio, que los debe á la testamentaría, segun se esplica en el núm. 15. . . . . 700 0 0

5 En dinero efectivo tomado del que espresa el núm. 14. . . . . 20 0 0

Cuyas partidas suman la cantidad de tres mil novecientos veinte pesos que por dichos títulos pertenecen á la referida María; y con las que queda pagada de ellos. 3,920 0 0

A la vuelta. 3,920 0 0

Digitized by Google

De la vuelta 2,920 0 0

HIJUELA DE FRANCISCO.

Ha de haber Francisco, uno de los hijos y herederos de Pedro, por el tercio y quinto en que fué mejorado, y legítima que le corresponde, mil novecientos veintinueve pesos, siete reales nueve granos de que se hace pago en esta forma.

1 Primeramente se le aplican trescientos pesos que importó la donacion que le hizo su padre, segun la escritura de tal fecha, por ante F., escribano. . 300 0 0

2 Item: se le adjudica la huerta de tantas fanegas, &c., que se especifica en el núm. 3 del cuerpo de hacienda en el precio de mil quinientos pesos. . 1,500 0 0

3 Item: un servicio de plata compuesto de tales piezas, anotado en el núm. 13 en precio de ciento diez pesos. 110 0 0

4 En dinero efectivo del que espresa el núm. 11. 19 7 9

Cuyas partidas suman la cantidad de mil novecientos veintinueve pesos, siete reales nueve granos, y con la que resulta Francisco pagado de todo lo que le pertenece de la herencia de su padre, con la obligacion de satisfacer los gastos de funerales, como mejorado en el quinto . . . 1,929 7 9

HIJUELA DE JUAN.

Ha de haber Juan, otro de los hijos y herederos de Pedro, por sus bienes propios y usufructos de ellos en los cuatro años que los administró su padre, y por la legítima que le corresponde de

Al frente. 1,929 7 9

Digitized by Google

Del frente. 1,929 7 9

la herencia de éste, mil doscientos noventa y seis pesos cinco reales cinco granos, de que se le hace pago en los bienes siguientes:

1 Primeramente, se le aplica la casa, sita, &c., la misma que él compró y que está anotada en el núm. 5, en el precio de seiscientos pesos. . . 600 0 0

2 Item: se le aplican cuatrocientos pesos que debe al caudal mortuorio Pablo por tal cuenta, segun se anota en el núm. 16. . . . . 400 0 0

3 Un bufete de tales señas, anotado con el núm. 8 en valor de setenta pesos. 70 0 0

4 Y por último, se le adjudican seiscientos ochenta y seis pesos cinco reales cinco granos del dinero efectivo que se encontró, como consta del núm. 14. . . . . 686 5 5

Cuyas partidas suman la cantidad de mil setecientos cincuenta y seis pesos cinco reales cinco granos 1,756 5 5

Importando lo que ha de haber mil doscientos noventa y seis pesos cinco reales cinco granos. . 1,296 5 5

Es visto llevar demas cuatrocientos sesenta ps. 460 0 0

Por cuyo esceso quedará obligado á satisfacer á Felipe doscientos sesenta que le debe la herencia: al contador partidor por sus honorarios, ciento cincuenta pesos; y al juzgado por los suyos cincuenta.

Cuyas partidas importan el esceso de cuatrocientos sesenta pesos. 460 0 0

A la vuelta. 1,296 5 5

Digitized by Google

De la vuelta. 1,296 5 5

HIJUELA DE TERESA.

Ha de haber Teresa, tercera hija y heredera de Pedro, por su legítima, quinientos setenta y seis pesos cinco reales cinco granos, de que se le hace pago en esta forma.

1 Primero: se le aplican doscientos sesenta pesos que importó la dote que su padre la constituyó por la escritura de tal, &c. 260 0 0

2 Se le adjudican las dos sortijas de oro, de tales y cuales señas que se mencionan en el núm. 12, por valor de cien pesos 100 0 0

3 Un par de caballos de tales señas que se relacionan en el núm. 6, importantes ciento veinte pesos 120 0 0

4 Un ajuar de tales y cuales señas, señalado en el núm. 7, con valor de ochenta pesos. , , 80 0 0

5 Y en dinero efectivo del mencionado en el núm. 14, diez y seis pesos cinco reales cinco granos. 16 5 5

Cuyas partidas importan la suma de quinientos setenta y seis pesos cinco reales cinco granos . . 576 5 5

HIJUELA DE MARIANA.

Ha de haber Mariana, hija y heredera de su difunto padre Pedro, por la legítima que le corresponde, quinientos setenta y seis pesos cinco reales cinco granos de que se le hace pago en esta forma.

Al frente. 576 5 5

Digitized by Google

	Del frente.	576 5 5
1	Primero: se aplican doscientos pesos que importó la dote que su padre le constituyó por escritura de tal fecha.	200 0 0
2	Item: una cómoda de tales señas, segun se esplica en el núm. 9, en el precio de sesenta pesos.	60 0 0
3	Item: un aderezo de oro y perlas, anotado en el núm 10, en el precio de doscientos pesos . .	200 0 0
4	Item: un ropero de madera fina, segun se especifica en el núm. 11, en el precio de sesenta ps.	60 0 0
5	Y últimamente, en dinero efectivo del que se menciona en el núm. 14, cincuenta y seis pesos cinco reales cinco granos	56 5 5
	Cuyas partidas importan la suma de quinientos setenta y seis pesos, cinco reales cinco granos. .	576 5 5

Y en esta forma concluí esta particion, con la advertencia de que la cama en que dormia ordinariamente, la espresada María con el repetido Pedro, su marido (que se compone de tales piezas) y que fué avaluada en tanto, no se ha incluido en el cuerpo de hacienda de esta particion, para mayor claridad de ella, y se le adjudica á la viuda para que la use como propia, con la condicion de que si pasare á segundas nupcias ha de restituir á los herederos de Pedro, su difunto marido, tanto, que es la mitad del valor que hoy tiene la cama, por corresponderle á ella la otra como parte de los gananciales habidos en el matrimonio; y reservándome, como me reservo, aclarar las dudas que puedan ofrecerse en esta particion, y deshacer cualquiera error de cuenta que en ella se hallare, declaro haberla hecho bien y fielmente, sin agravio de parte alguna, segun mi leal saber y entender, y bajo el juramento ó protesta que tengo hecha, y la firmo en tal parte á tantos de tal mes y año.

Auto de aprobacion. En tal parte, &c., el Sr. juez D. J. habien-

Digitized by Google

do visto estos autos, dijo: que aprobaba y aprobó la cuenta de particion formada por N de los bienes y herencia de P. entre sus hijos y herederos N. N. y N. que obra en estos autos desde la foja tal á tal, y obliga á los interesados á estar y pasar por ella, y manda que por títulos de los bienes que les van adjudicados, se libre testimonio á cada uno de ellos de la hijuela que á cada uno le pertenece: para todo lo cual interponia é interpone su autoridad y judicial decreto cuanto baste y en derecho se requiera. Así lo proveyó, mandó y firmó, Doy fé. Firmas del juez y del escribano. (1)

Testimonio de una hijuela. F. escribano, &c. certifico y doy fé en testimonio de verdad, que en la particion judicial de los bienes que quedaron por fallecimiento de N. hecha entre sus herederos, por N. contador nombrado por los interesados, comenzada tal dia, acabada tal y aprobada por el juez D. F. en auto de tal, se encuentran adjudicados á N. uno de los herederos, los bienes que contiene su hijuela cuyo tenor literal es el siguiente: (aquí la hijuela) segun consta de lo referido en dicha particion que original obra en los autos de inventarios de los espresados bienes, cuyas diligencias se han actuado por mi oficio, en el que existen por ahora y á que me remito. Y para que conste, á pedimento de N. y en cumplimiento del citado auto, doy la presente que signé y firmé en tal parte á tantos, &c.

(1) Debe advertirse que al auto de aprobacion de las cuentas debe preceder el de traslado á los interesados para que las objeten ó consientan; y estando de acuerdo en ellas, las aprobará el juez, segun queda dicho; y no estando, despues de oidas las partes se fallará sobre si hay ó no agravio alguno de ellas, mandando se repare si lo hubiere, y no habiéndolo, condenando á las partes á estar y pasar por lo hecho. Este auto para que surta sus efectos debe causar ejecutoria.

FIN DE LA OBRA.

Digitized by Google

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTA OBRA

PAGINS.

Advertencia. III

PARTE PRIMERA. 11

CAPITULO PRIMERO.—Orígen y fundamento del derecho de testar. 12

PARRAFO I.—¿Qué debe entenderse por facultad de testar? . ,,

PARRAFO II.—¿Qué debe entenderse por derecho de testar? 14

PARRAFO III.—¿Cuál es el orígen del derecho de testar? . 15

PARRAFO IV.—¿Cuál es el fundamento del derecho de testar? 16

PARRAFO V.—¿Cuál es la naturaleza del derecho de testar? 17

PARRAFO VI.—¿Cuál es el objeto del derecho de testar? . ,,

PARRAFO VII.—¿Cuáles son los medios y de qué clase, con que cuenta el derecho de testar para ejercerse y realizarse? 18

CAPITULO SEGUNDO.—De la propiedad . . . 19

PARRAFO I.—¿Qué debe entenderse por propiedad? . . ,,

PARRAFO II.—¿Cuántas especies hay de propiedad, cuál es su objeto y cuáles los medios para realizarlo? . . . 20

PARRAFO III.—¿En qué se funda el derecho de propiedad y la propiedad de derecho, ó simplemente la propiedad? . 24

PARRAFO IV.—¿Cuáles son los derechos particulares contenidos en el derecho general de propiedad? . . . 32

Digitized by Google

PARRAFO V.—¿Qué cosas pueden ser poseidas en propiedad? 37
PARRAFO VI.—¿En derecho natural pueden separarse los medios de adquirir del título sobre que se funda la propiedad? 42
PARRAFO VII.—¿Qué duracion debe tener la propiedad? . 48

SEGUNDA PARTE

CAPITULO PRIMERO.—Lo que debe entenderse por testamento y cuántas son sus especies. 56
PARRAFO I.—El testamento definido y sus especies fijadas por la ley . . . . . „
PARRAFO II.—El testamento definido y sus especies fijadas por los autores 57
PARRAFO III.—El testamento definido y sus especies fijadas por el autor. 58
CAPITULO SEGUNDO.—De los requisitos legales indispensables para la validez de los testamentos. . . 59
PARRAFO I.—Unidad de contesto . . . . . „
PARRAFO II.—Presencia de testigos 60
PUNTO I.—¿Qué es testigo? 61
PUNTO II.—¿Cuántas son sus especies? 62
PUNTO III.—¿Cuáles son las atribuciones de los testigos? . 63
PUNTO IV.—¿Cuáles son los requisitos indispensables para que el testimonio de los testigos tenga valor legal y fuerza probatoria? 65
PUNTO V.—¿Todos pueden ser testigos? 66
PUNTO VI.—¿Quiénes pueden ser testigos en los instrumentos en general? 68
PUNTO VII.—¿Quiénes pueden ser testigos en los testamentos? 69
PUNTO VIII.—¿Cuántos testigos deben intervenir en los testamentos cerrados y cuántos en los abiertos? . . . 71
PARRAFO III.—Papel del sello correspondiente. . . . 75
PARRAFO IV.—Testamentos privilegiados. 77

Digitized by Google

CAPITULO TERCERO.--De las personas capaces de otorgar testamento. 82
PARRAFO I.—¿Quiénes tienen prohibicion absoluta de testar? ,,
PARRAFO II.—¿Quiénes tienen prohibicion respectiva de testar? 87
CAPITULO CUARTO.--De los herederos . . . 90
PARRAFO I.—¿Qué debe entenderse por herederos? . . 91
PARRAFO II.—¿Cuántas clases hay de herederos? . . "
PARRAFO III.—¿Quiénes no pueden ser herederos? . . 92
PARRAFO IV.—¿Quiénes pueden ser herederos? . . . 98
PARRAFO V.—¿Cuáles son los derechos de estas distintas clases de herederos, ó cómo deben suceder en las herencias? ,,
PUNTO I.—Herederos descendientes del testador. . . 99
PUNTO II.—Adopcion. 101
PUNTO III.—Arrogacion. 104
PUNTO IV.—Hijos naturales. 105
PUNTO V.—Herederos ascendientes. 114
PUNTO VI.—Herederos colaterales ó voluntarios. . . 118
PARRAFO VI.—Qué otros derechos tienen los testadores y herederos, ó lo relativo á condiciones ó gravámenes puestos á las herencias. 120
CAPITULO QUINTO.—De las mejoras. . . . 126
PARRAFO I.—¿Qué son mejoras y cuántas son sus especies? ,,
PARRAFO II.—¿Cuál es el orígen histórico-legal de las mejoras? 131
PARRAFO III.—Las mejoras conforme á la razon, á la naturaleza, á la propiedad y al derecho de heredar ¿deben ó no existir? 133
PARRAFO IV.—¿Quiénes pueden hacer mejoras y cómo? . 139
PARRAFO V —¿A qué personas pueden hacerse las mejoras? 142
PARRAFO VI.—¿Cuándo, cómo, en qué términos é instrumentos deben hacerse las mejoras? 145
PARRAFO VII.—¿Las mejoras son perpetuas? y seanlo ó no ¿cómo se computan en la cuenta testamentaria? . . 146

Digitized by Google

CAPITULO SESTO.—Desheredacion 147
PARRAFO I.—¿Qué cosa es desheredacion? . . . "
PARRAFO II.—¿Quién puede desheredar? 148
PARRAFO III.—¿A qué personas puede desheredar el testador? "
PARRAFO IV.—¿Por qué motivos pueden hacerse las desheredaciones? 149
PUNTO I.—¿Por qué motivos pueden ser desheredados los descendientes del testador? 150
PUNTO II.—¿Por qué motivos pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes? 153
PUNTO III.—¿Por qué motivos pueden ser desheredados los hermanos del testador? 154
PARRAFO V.—¿De qué modo deben hacerse las desheredaciones? 155
PARRAFO VI.—¿Dónde debe hacerse constar la desheredacion? 156
PARRAFO VII.—¿Cómo debe hacerse constar la desheredacion? 157
PARRAFO VIII.—¿De qué bienes debe ser hecha la desheredacion? 158
PARRAFO IX.—¿Qué fuerza tienen las desheredaciones? . "
PARRAFO X.—¿Qué derechos tienen los desheredados? . 159
CAPITULO SETIMO.—Razones filosóficas de las anteriores legales disposiciones sobre herencias y desheredaciones. 162

TERCERA PARTE.

CAPITULO PRIMERO.—Legados. 173
PARRAFO I.—¿Qué son legados? 174
PARRAFO II.—¿Cuántas clases hay de legados? . . . 175
PARRAFO III.—¿Quiénes pueden hacer legados? . . 179
PARRAFO IV.—¿A qué personas puede legarse algo, ó quiénes pueden ser legatarios? 180
PARRAFO V.—¿Cuándo deben y cuándo pueden dejarse legados? 181

Digitized by Google

PARRAFO VI.—¿Los legados pueden ser revocados y por qué motivos? 183
PARRAFO VII.—¿Tienen y cuáles son los límites de los legados? 184
PARRAFO VIII.—¿Qué cosas pueden legarse? . . . "
PARRAFO IX.—¿Dónde pueden hacerse constar los legados? . 185
PARRAFO X.—¿Qué derechos tienen los legatarios y cuáles los testadores? . . . . . "
PARRAFO XI.—¿Cómo finalizan los legados? . . . 198
PARRAFO XII.—Cuarta Falcidia. 199
PUNTO I.—¿Qué es cuarta Falcidia? 200
PUNTO II.—¿Cuál es el objeto de la cuarta Falcidia? . . 201
PUNTO III.—¿Cuándo tiene aplicacion la cuarta Falcidia? . 202
PUNTO IV.—¿En qué casos no puede deducirse ó formarse la cuarta Falcidia? 203
CAPITULO SEGUNDO.—De los codicilos. . . . 204
PARRAFO I.—¿Qué es codicilo? . . . . . "
PARRAFO II.—¿Cuántas especies hay de codicilos? . . 205
PARRAFO III.—¿Cuáles y cuántos son los requisitos indispensables para la validez de los codicilos? . . . . "
PUNTO I.—Unidad de contesto. . . . . ,,
PUNTO II.—Presencia de testigos. 206
PUNTO III.—Papel del sello respectivo. 207
PARRAFO IV.—¿Cuál es el objeto de los codicilos? . . "
PARRAFO V.—¿Quién puede otorgar codicilos? . . . 208
PARRAFO VI.—¿Qué cosas pueden disponerse en los codicilos? 209
PARRAFO VII.—¿Qué cosas no pueden disponerse en codicilo? . . . . . "
PARRAFO VIII.—¿Qué es cláusula codicilar y cuáles son sus especies? 211
PARRAFO IX.—¿Cuándo se entiende puesta la cláusula codicilar aun no estándolo? 212
PARRAFO X.—¿Qué efectos produce la cláusula codicilar? . 213
PARRAFO XI.—¿Puede el testador morir con varios codicilos? 216

Digitized by Google

PARRAFO XII.—¿Cómo se revocan los codicilos?. . . 217
CAPITULO TERCERO.—Memorias testamentarias. . 218
PARRAFO I.—¿Qué es memoria testamentaria? . . . . "
PARRAFO II.—¿Cuántas y cuáles son las especies que hay de memorias testamentarias? 219
PARRAFO III.—¿Cuáles los requisitos indispensables para su validez? . . . . . "
PARRAFO IV.—¿Cuál es el objeto de las memorias testamentarias? 220
PARRAFO V.—¿Quién puede otorgar memorias testamentarias? 221
PARRAFO VI.—¿Cómo se elevan á instrumentos públicos las memorias testamentarias? . . . . . ,,
CAPITULO IV.—Poder para testar. 222
PARRAFO I.—¿Qué es poder para testar? 223
PARRAFO II.—¿Cuántas especies hay de poder para testar? . 224
PARRAFO III. ¿Cuáles son los requisitos indispensables para la validéz del poder para testar? . . . . . ,,
PARRAFO IV.—¿Cuál es el objeto de los poderes para testar? 225
PARRAFO V.—¿Quiénes pueden otorgar poder para testar? . ,,
PARRAFO VI.—¿A quiénes puede conferirse el poder para testar? . . . . . ,,
PARRAFO VII.—¿Cuáles son las facultades del comisario? . 226
PARRAFO VIII.—¿Es delegable el poder para testar, esprésese ó no en él esta facultad?. 228
PARRAFO IX.—Siendo varios los comisarios y estando divididos ó no concurriendo todos á cumplir con su encargo, ¿á qué voto deberá estarse en lo que hicieren, al de la mayoría ó al de uno solo? 229
PARRAFO X.—¿Cuál es el término señalado al comisario para obrar como tal? 230
PARRAFO XI.—¿Puede el testador prorogar estos términos? . 231
CAPITULO V.—Sucesion intestada. 232
PARRAFO I.—¿Qué es sucesion intestada? . . . . ,,
PARRAFO II.—¿En qué casos tiene lugar dicha sucesion? . 233

Digitized by Google

PARRAFO III.—¿Cuántos y cuáles son los modos de suceder *ab intestato ?* 235
PARRAFO IV.—¿Qué personas son llamadas á la sucesion intestada? 236
PARRAFO V.—¿Cuántos y cuáles son los órdenes de suceder *ab intestato?* 237
PUNTO I.—Descendientes. . . . . „
PUNTO II.—De los ascendientes, colaterales, hijos naturales, espúrios y demas personas que á falta de éstos deben heredar al finado, *ab intestato.* 239
PUNTO III.—Cónyuge viudo 246
PUNTO IV.—Otros derechos de la mujer viuda . . . 262
FRACCION I.—Dotes . . . . . „
FRACCION II.—Bienes parafernales 280
FRACCION III.—Donaciones esponsalicias 281
FRACCION IV.—Arras 282
FRACCION V.—Donacion *propter nuptias* 283
PARRAFO VI...¿Cuáles son los derechos del cónyuge supérstite para heredar al finado, muera testado ó intestado? 284

CUARTA PARTE.

CAPITULO I.—Derechos póstumos de los padres . . 297
PARRAFO I.—¿Cuáles son los derechos póstumos de los padres? 301
PUNTO I.—¿Que se entiende por tutor y curador, y quiénes pueden darlos ó nombrarlos ? 303
PUNTO II.—¿Cuántas clases hay de tutores y curadores? , 306
PUNTO III.—¿Quiénes pueden ser tutores y curadores? , 310
PUNTO IV.—¿Puede alguno, y por qué, dejar de ser tutor y curador? 313
PUNTO V.—¿Cuáles son los derechos y deberes de los tutores y curadores, de los pupilos y púberes? 314

Digitized by Google

PUNTO VI.—¿Cuándo, cómo y por qué terminan la tutela y curatela? 322
PARRAFO II.—¿Cuáles son los otros derechos póstumos de los padres, concedidos por la ley civil? 325
PUNTO I.—¿Qué es sustitucion, cuál su orígen y cuál su objeto? . . . . . „
PUNTO II.—¿Cuántas y cuáles son las especies que hay de sustituciones? 326
PUNTO III.—¿Quiénes pueden hacer sustituciones, dar ó establecer sustitutos? 331
PUNTO IV.—¿Quiénes pueden ser sustituidos y por quiénes? 332
PUNTO V.—¿Dónde deben hacerse las sustituciones?. . 334
PUNTO VI —¿Pueden imponerse condiciones al sustituto como al heredero? . . . . . „
PUNTO VII.—¿Las condiciones puestas á los herederos pasan á los sustitutos? 353
PUNTO VIII.—¿Qué dice la razon y la naturaleza sobre sustituciones? 336
FRACCION I.—¿Las sustituciones en general son conformes al derecho natural? . . . . . „
FRACCION II . .¿Las sustituciones pupilar y ejemplar son conformes á la naturaleza ? 339
FRACCION III.—Ultimas razones sobre lo ántes dicho . . 341
PARRAFO III.—¿Cómo, dónde y cuándo se usa de estos derechos póstumos ? 344
PARRAFO IV.—¿Cómo cesan estos derechos? . . . . „
CAPITULO SEGUNDO.—Albaceas 345
PARRAFO I.—¿Qué son albaceas? . . . . . „
PARRAFO II.—¿Cuántas especies hay de albaceas? . . 346
PARRAFO III.—¿Quiénes pueden ser albaceas? . . . 347
PARRAFO IV.—¿Quién puede nombrar los albaceas? . . 349
PARRAFO V.—¿Dónde debe hacerse constar el nombramiento de albaceas? 350

Digitized by Google

PARRAFO VI.—¿En qué término deben ejercer su empleo los albaceas? 350
PARRAFO VII.—¿Cuáles son los deberes y derechos de los albaceas? 351
PARRAFO VIII.—¿En qué penas incurren los albaceas que faltan á su deber? 355
PARRAFO IX.—¿Puede delegarse el albaceazgo? . . . 357
PARRAFO X.—¿Cuándo y por qué concluye el albaceazgo? . 358
PARRAFO XI.—Ultimas razones sobre lo ántes dicho. . . 359
PARRAFO XII.—Ocultacion de bienes. 361
CAPITULO TERCERO.—Inventarios 362
PARRAFO I.—¿Son necesarios los inventarios para hacer una justa y arreglada division? . . . . . ,,
PARRAFO II.—¿Qué son inventarios? 365
PARRAFO III.—¿Cuál es el objeto de los inventarios? , . ,,
PARRAFO IV.—¿Cuántas clases hay de inventarios y cuáles son? 366
PARRAFO V.—¿Cuáles y cuántos son los requisitos legales indispensables para la validez de los inventarios? . . 367
PARRAFO VI.—¿Quiénes deben hacer inventarios?. . . 369
PARRAFO VII.—¿Cuáles son los efectos de los inventarios? . 370
PARRAFO VIII.—¿Es precisa la aceptacion de la herencia para que el inventario de ella tenga valor contra el heredero? 372
PARRAFO IX.—¿A qué queda obligado el heredero que ha hecho el inventario y en su vista aceptado la herencia? . 374
PARRAFO X.—¿En qué penas incurre el heredero por haber ocultado el todo ó parte de los bienes hereditarios? . . 375
PARRAFO XI.—¿Ante qué juez y en qué lugar debe hacerse el inventario? 376
PARRAFO XII.—¿Qué debe tratarse en pos del inventario? . 378
CAPITULO CUARTO.—De la tasacion. . . . ,,
PARRAFO I.—¿El inventario en que no se diga con precision y claridad el número, peso y medida de lo inventariado, será válido? 379

Digitized by Google

PARRAFO II.—¿Cuándo será mejor hacer la tasacion de los bienes hereditarios?. 380
PARRAFO III.—¿Qué es tasacion y cuántas son sus especies? „
PARRAFO IV.—¿Quiénes deben y pueden hacer las tasaciones? 381
PARRAFO V.—¿Qué cualidades deben tener los peritos para serlo? 382
PARRAFO VI.—¿Cómo deben hacerse las tasaciones? . . „
PARRAFO VII.—¿Pueden los peritos delegar su encargo. . 383
PARRAFO VIII.=De lo demas relativo á tasaciones. . . „
CAPITULO QUINTO.—Division de los bienes hereditarios. 384
PARRAFO I.—¿Qué es particion y cuál su objeto? . . „
PARRAFO II.—¿Cuántas clases hay de particiones? : . 385
PARRAFO III.—¿Quién puede pedir la particion? , . 386
PARRAFO IV.—¿Quiénes pueden hacer la division? . . 387
PARRAFO V.—¿Ante qué juez deben hacerse las particiones? 388
PARRAFO VI.—¿De qué cosas debe hacerse la particion y division? 389
PARRAFO VII.—¿De cuántas maneras puede ser el juicio divisorio? 390
PARRAFO VIII.—¿Qué son contadores y partidores? . . 391
PARRAFO IX.—¿Quiénes pueden ser contadores partidores? „
PARRAFO X.—¿Qué circunstancias deben tener los contadores-partidores, para poderlo ser? 392
PARRAFO XI.—¿Pueden los contadores-partidores ser obligados á aceptar el cargo? . . . , . . . „
PARRAFO XII.—¿Cuáles son los derechos y obligaciones de los contadores partidores? 393
PARRAFO XIII.—¿Puede compelerse á lo contadores-partidores á hacer las adjudicaciones? 394
PARRAFO XIV.—¿Qué diligencias deben practicarse para proceder á la particion? 395

Digitized by Google

PARRAFO XV.—¿Quiénes pueden nombrar los contadores-partidores? 397
CAPITULO SESTO.—Colacion de bienes. . . . „
PARRAFO I.—¿Qué es colacion é imputacion de bienes, en qué se diferencian y cuáles son sus efectos? 398
PARRAFO II.—¿Cuál es el motivo porque tratamos de la colacion de bienes, y cuál el objeto de ésta? 400
PARRAFO III.—¿Cuándo y en qué casos debe hacerse la colacion? 401
PARRAFO IV.—¿En qué casos no deberá hacerse la colacion de bienes? 402
PARRAFO V.—¿De cuántos modos puede hacerse la colacion de bienes? 403
PARRAFO VI.—¿Qué circunstancias son necesarias para que tenga lugar la colacion de bienes? . . . . . „
PARRAFO VII.—¿Quiénes están obligados á hacer la colacion de bienes hereditarios? 404
PARRAFO VIII.—¿Quiénes no están obligados á hacer la colacion de bienes? 405
PARRAFO IX.—¿Qué bienes deben colacionarse y cuáles no? 406
CAPITULO SETIMO.—Bienes reservables. . . . 411
PARRAFO I.—¿Qué son bienes reservables y en qué se distinguen de los adventicios y profecticios y de los del cónyuge supérstite? . . . . . „
PARRAFO II.—¿Cual es la causa de la introduccion de las reservas y qué tiempo duran?. 413
PARRAFO III.—¿Quiénes pueden reservar los bienes reservables y cuáles son éstos? 414
PARRAFO IV.—¿Qué garantías puede y debe prestar el cónyuge viudo que reserva los bienes reservables para los hijos de uno de sus matrimonios y administra los profecticios y adventicios de los mismos hijos? 418
PARRAFO V.—¿A quién corresponde la propiedad de los bienes reservables, y por cuánto tiempo? 424

Digitized by Google

CAPITULO OCTAVO.—Modo de elevar á instrumentos públicos los testamentos ó codicilos cerrados, los ológrafos y las disposiciones verbales. 429
PARRAFO I.—¿En qué términos deben presentarse al juez el testamento cerrado, el ológrafo, y declararse la disposicion verbal? . . . . . „
PARRAFO II.—¿Quién debe pedir la elevacion á instrumento público del testamento ó codicilo cerrado, del ológrafo y de la declaracion verbal. 430
PARRAFO III.—¿Qué debe preceder, acompañar y seguir á la peticion y elevacion referidas? 431
PARRAFO IV.—¿Puede celebrarse pacto ó contrato, ántes de publicarse el testamento, sobre los derechos que se tengan ó juzguen tenerse á lo dispuesto en él? 434

QUINTA PARTE.

CAPITULO PRIMERO.—De los instrumentos públicos. 437
PARRAFO I.—¿Qué es instrumento público?. . . . 438
PARRAFO II.—¿Cuántas son sus clases?. . . . . „
PARRAFO III.—¿Qué es protocolo y cómo se forma? . . 439
PARRAFO IV.—¿Qué es copia original, cómo se forma y en qué se distingue del protocolo? . . . . . „
PARRAFO V.—¿Qué es testimonio, traslado ó trasunto y en qué se diferencia de los anteriores? 440
PARRAFO VI.—¿Quién puede protocolizar, dar copias y testimonios? 441
PARRAFO VII.—¿Siempre pueden darse copias y testimonios? 442
PARRAFO VIII.—¿Cuáles son los requisitos indispensables para la validez de los instrumentos públicos? . . . „
PUNTO I.—¿Qué es capacidad para otorgar instrumentos, y quiénes la tienen? 443
PUNTO II.—¿En qué consiste lo lícito y honesto del hecho, objeto de los instrumentos? . . . . . „

Digitized by Google

PUNTO III.—¿Qué es, cuántas y cuáles son las clases de cláusulas de que debe constar un instrumento público? . . 444
PUNTO IV.—¿Cuáles son las solemnidades esternas de un instrumento público? 445
CAPITULO SEGUNDO.——De los instrumentos privados. 446
PARRAFO I.—¿Qué es instrumento privado? . . . ,,
PARRAFO II.—¿Cuántas son sus clases? . . . . ,,
PARRAFO III.—¿Cuáles son sus objetos? 448
PARRAFO VI.—¿Qué efectos producen los instrumentos públicos y privados? 449
CAPITULO TERCERO.—Aplicacion de lo anterior á los testamentos. . . . . ,,

SESTA PARTE.

Formularios generales y parciales. . . 455
NUMERO I.—Modo práctico de estender las cláusulas generales de un testamento. . . . . ,,
NUMERO II.—Cubierta de un testamento cerrado. . . 456
NUMERO III.—De la manera con que deben firmar unos por otros los testigos. . . . . ,,
NUMERO IV.—De la manera de reservar algunas cláusulas por disposicion del testador. 457
NUMERO V.—Cláusula en que se instituyen herederos á los hijos legítimos. . . . . ,,
NUMERO VI.—Cláusula de institucion de herederos ilegítimos. . . . . ,,
NUMERO VII.—Cláusula de institucion de herederos estraños al testador 458
NUMERO VIII.—Cláusula de sustitucion vulgar. . . . ,,
NUMERO IX.—Cláusula de sustitucion ejemplar . . . 459
NUMERO X.—Cláusula de mejoras. . . . . ,,

Digitized by Google

NUMERO XI.—Cláusula de desheredacion 459
NUMERO XII.—Modo de estender una cláusula en que se instituye uno ó mas herederos fiduciarios y fideicomisarios. . 460
NUMERO XIII.—Cláusula en que se dejan las mandas. . „
NUMERO XIV.—Cláusula en que se impone gravámen á la herencia 461
NUMERO XV.—Cláusula en que se nombran albaceas. . „
NUMERO XVI.—Modo de redactar la cláusula de revocacion de un testamento 462
NUMERO XVII.—Testamento nuncupativo. . . . 463
NUMERO XVIII.—Poder para testar. 465
NUMERO XIX.—Modo de redactar un testamento en virtud de poder 467
NUMERO XX.—Codicilos abierto y cerrado . . . . „
NUMERO XXI.—Modo de abrir los testamentos cerrados. . 469
NUMERO XXII.—Diligencias para declarar por testamento nuncupativo, lo dispuesto de palabra ante testigos. . 471
NUMERO XXIII.—Inventario á instancia de parte . . . 473
NUMERO XXIV.—Forma de una cuenta de particion y division con mejoras y colacion. 478

FIN DEL INDICE,

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google